Die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen

(§ 607 Abs. II BGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Paul Stroetmann
Gerichtsassessor
aus Borghorst i. W.

Marburg 1933

Verlagsanstalt Heinr. & J. Lechte / Emsdetten (Westf.)

62 21

Die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen

(§ 607 Abs. II BGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Paul Stroetmann
Gerichtsassessor
aus Borghorst i. W.

Marburg 1933

Verlagsanstalt Heinr. & J. Lechte / Emsdetten (Westf.)

62 21

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 26. September 1932

Berichterstatter: Professor Dr. Erich Jung.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Jnhaltsübersicht.

Einleitung.

I. Abschnitt:

Die rechtliche Natur der Umwandlung.

1. Die Umwandlung als Inhaltsänderung.
2. Die Umwandlung als Begründung einer selbständigen Verbindlichkeit.
3. Die Umwandlung als Novation.
4. Die Umwandlung als Begründung eines Darlehens.

II. Abschnitt:

Die Voraussetzungen der Umwandlung.

III. Abschnitt:

Die Wirkungen der Umwandlung.

1. Die Wirkungen im Allgemeinen.
2. Die Wirkungen auf Einreden.
3. Die Wirkungen auf akzessorische Rechte.
4. Die Wirkungen im Prozeß.

Literaturverzeichnis.

Bähr, Otto: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl. 1894.

Clausen: Ein Beitrag zur Erläuterung der §§ 364, Abs. 2 und 607 Abs. 2 BGB. unter Berücksichtigung der Novationslehre. Diss. Erlangen 1908.

Crome: System des bürgerlichen Rechtes. II. Bd, 1902.

Dernburg: Lehrbuch des preuß. Privatrechts. II. Bd. 5. Aufl. 1897.

Dernburg: Pandekten II. Bd. 7. Aufl. 1903.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. 1906.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch 3. Aufl. IV. Bd. 1932.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. I. Bd. 9. Aufl. 1903.

Engelmann: Das bürgerliche Recht. 6. Aufl. 1913.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd.: Einleitung, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung 1931.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearb. 1930.

Freytag: Die Schuldumwandlung. Diss. Erlangen. 1907.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 7. Aufl. 1856.

Gruchot: Glossen zum Allgemeinen Landrecht, 7. Abschnitt, Vom Darlehnsvertrage, in: Gruchot Beiträge Bd. 12, S. 641 ff.

Holbeck: Darlehen durch Schuldumwandlung nach BGB. § 607 Abs. 2. Diss. Leipzig 1913.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Jung: Bürgerliches Recht, in: Das gesamte deutsche Recht, hrsg. von Stammler, Berlin 1931.

Kipp: Römisches Recht, in: Das gesamte deutsche Recht, hrsg. von Stammler, Berlin 1931.

Kress: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.

Klemperer: Zu § 607 Abs. 2 BGB., in: Gruchot Beiträge Bd. 43, S. 567 ff.

Klein: Vertragliche Aenderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses. 1907.

Klingmüller: Zur Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. 1905.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd. Vermögensrecht. 1. Teil, Schuldrecht, 1906.

Kohler: Ueber das konsensuale Darlehen, in: Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. II, S. 33 ff.

Kohler: Geben und Wiedergeben, in: Zivilistisches Archiv Bd. 98, S. 347 ff.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. 1929.

Leonhard: Das Schuldrecht des BGB. in: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. I: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929, Bd. II: Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.

Martin: Die Verwandlung bestehender Schulden in Darlehnsschulden (BGB. § 607 Abs. 2) 1903.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1888.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Buch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927. 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1. Abt. 1928, 2. Abt. 1929.

Pantle: Die Novation nach dem Recht des BGB. Diss. Tübingen 1930.

Pernau: Die sogenannte Schuldumwandlung in Darlehen (§ 607 Abs. 2 BGB.). Diss. Göttingen 1929.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II, 1898.

Rümelin: Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen im BGB., in Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 97.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1902.

Schoeninger: Die Leistungsgeschäfte des BGB. 1906.

Siber: Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.

Siber: Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Schuldrecht 1931.

Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte u. System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. 1923.

Staudingers	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. I. Bd., Allgemeiner Teil, 1925. II. Bd. 2. Teil, 1928.
Stölzel:	Schulung für die zivilistische Praxis, 1. Teil, 10. Aufl. neubearbeitet von Steuber 1930.
Welsch:	Die Novation unter besonderer Berücksichtigung des modernen deutschen Zivilrechts. Diss. Erlangen. 1907.
Windscheid:	Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 9. Aufl. bearb. von Kipp 1906.

Einleitung.

Zur Entstehung eines Darlehens ist nach dem Wortlaut des § 607 Abs. I BGB. neben der Einigung über den Abschluß des Darlehnsvertrages die Hingabe vertretbarer Sachen erforderlich. Erst mit der Hingabe der Summe entsteht die Verpflichtung des Darlehnsnehmers zur Rückerstattung. Nach allgemeiner Ansicht ist daher das Darlehen des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Realvertrag.[1]) Im römischen Recht,[2]) im gemeinen Recht[3]) und im A.L.R.[4]) hat man ebenfalls das Darlehen als Realvertrag angesehen. Man hielt es daher vielfach mit der Natur des Realvertrages für unvereinbar, ein Darlehen ohne reale Hingabe, lediglich durch eine Vereinbarung zu begründen. Dementsprechend lehnte man die rechtliche Möglichkeit, eine Schuld in ein Darlehen umzuwandeln, ab. So erklärte Bähr:[5]) „In ein wirkliches Darlehen kann eine bestehende Schuld so wenig verwandelt werden wie in irgend eine materielle Schuld".[6]) Demgegenüber hielten andere eine solch Umwandlung für zulässig.[7])

Diesem Streit ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch ein Ende gesetzt. In § 607 Abs. II wird ausdrücklich anerkannt, daß, wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, mit dem Gläubiger vereinbaren kann, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen. Damit steht die Möglichkeit, eine Schuld in ein Darlehen umzuwandeln, fest. Streitig sind die rechtliche Natur und die Wirkungen dieser Umwandlung. Aus dem Gesetz ist hierüber nichts zu entnehmen. Auch die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch geben keine Auskunft über diese Fragen.

Aus den Motiven[8]) zu § 454, der dem jetzigen § 607 Abs. II entspricht, ergibt sich nur der gesetzgeberische Zweck, den man mit der Aufnahme der Bestimmung verfolgte. Dieser ging dahin, dem Kläger, der auf Grund einer solchen Vereinbarung die Darlehnsklage erhob, gegen den Einwand des Schuldners zu schützen, es liege gar kein Darlehen vor, da er keine Valuta erhalten habe. Ohne die Bestimmung wäre es zweifelhaft, ob der Beklagte mit diesem Einwand zurückgewiesen würde. Die Auf-

---

[1]) Literatur bei Staudinger-Kober, Vorbem. 2 zu § 607.
[2]) Sohm-Mitteis-Wenger §§ 67, 68; Kipp Röm. R. § 83.
[3]) Windscheid: Pandekten Bd. II § 370; Dernburg: Pandekten, Bd. II § 85.
[4]) Förster-Eccius, Bd. II § 137; Gruchot in GruchBeitr. Bd. 12, S. 649/50.
[5]) Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 279.
[6]) Der gleichen Ansicht: Gruchot in GruchBeitr. Bd. 12, S. 677.
[7]) Dernburg: Preuß. Privatrecht, Bd. II, S. 38, Anm. 14.
[8]) Mot. Bd. II, S. 312.

nahme der Vorschrift sei daher mindestens aus Vorsicht geboten. Man wollte es dem Kläger ermöglichen, auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zurückzugehen, ohne daß der Beklagte den Einwand der unzulässigen Klageänderung erheben konnte. Im übrigen erklären die Motive nur, daß die Vorschrift die einwandfreie Verbindlichkeit der bisherigen Schuld voraussetze, aber keineswegs darüber entscheide, inwiefern der Schuldner Einwendungen aus dem früheren Schuldverhältnis vorbringen könne.

Bei den Kommissionsberatungen[9]) hat man sich zwar über den Inhalt und die Tragweite des § 454 unterhalten. Die Meinungen hierüber gingen aber weit auseinander. Teils war man der Ansicht, es handele sich nur um eine Umgestaltung der früheren Schuld, die von nun an so fortbestehen solle als ob sie von Anfang an als Darlehnsschuld begründet sei. Sodann vertrat man den Standpunkt, falls ein Schuldschein ausgestellt sei, liege ein abstraktes Schuldversprechen vor und mit der Umwandlung sei das Schuldverhältverhältnis von dem früheren Rechtsgrunde losgelöst. Schließlich wurde noch behauptet, die Fälle könnten sehr verschieden sein, es komme auf die Umstände des Einzelfalles an.

Die Entstehungsgeschichte des § 607 Abs. II BGB. gibt demnach keine Antwort auf die Frage, wie die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen aufzufassen ist. Es ist daher Aufgabe der Wissenschaft, hier nach einer befriedigenden Lösung zu suchen. Im Wesentlichen werden drei verschiedene Ansichten über die rechtliche Natur der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen vertreten. Nach der einen Meinung stellt die Umwandlung lediglich eine Inhaltsänderung dar. Andere wollen in der Vereinbarung nach § 607 Abs. II BGB. die Begründung einer selbständigen Verbindlichkeit und einen Fall der Novation sehen. Nach der dritten Ansicht schließlich entsteht durch die Umwandlung ein wirkliches Darlehen.

Manche[10]) stehen auf dem Standpunkt, daß eine Vereinbarung im Sinne des § 607 Abs. II je nach dem Willen der Parteien einen verschiedenen Inhalt haben könne, daß also alle drei Möglichkeiten unter diese Vorschrift fallen. Eine Gesetzesvorschrift kann zwar einer verschiedenen Auslegung fähig sein. Die Auslegung eines Gesetzes erfolgt aber unabhängig von dem Willen der Parteien. Ziel der Auslegung ist es, den Sinn eines Rechtssatzes klarzustellen. Maßgebend hierfür ist der Wille des Gesetzgebers, nicht aber der Wille der Parteien. Wohl ist der Parteiwille bedeutsam für die Auslegung eines Rechtsgeschäftes. Es ist daher möglich, daß die Parteien, obwohl ihre Worte auf eine bestimmte Gesetzesvorschrift hindeuten, in Wirklichkeit etwas anderes wollen. Den Laien fehlt eine klare Vorstellung über die rechtliche Seite ihrer Erklärungen, sie sehen in erster Linie auf den wirtschaftlichen Zweck. Hat man

---

[9]) Prot. Bd. II, S. 42/43.

[10]) Staudinger-Kober, § 607, VII c; Planck-Gunkel, § 607, 8; RGRK. § 607, 7; Enneccerus-Nipperdey, § 139 II.

aber einmal festgestellt, daß die Erklärungen der Parteien einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand erfüllen, so muß die Gesetzesvorschrift in allen Fällen gleich ausgelegt werden. Die Tragweite einer Gesetzesbestimmung ist in jedem Einzelfall die gleiche. Sie kann daher nicht von dem Willen der Parteien abhängen.

Der Wille der Parteien ist also wohl dafür entscheidend, ob eine Abrede eine Vereinbarung im Sinne des § 607 Abs. II BGB. darstellt, nicht aber dafür, wie diese Vorschrift aufzufassen ist. Die rechtliche Natur der Umwandlung läßt sich nicht aus dem Willen der Parteien herleiten.[11]) Wir haben demnach davon auszugehen, daß die Bestimmung des § 607 Abs. II einen ganz bestimmten Inhalt hat,[12]) und es gilt jetzt, diesen Inhalt festzustellen.

[11]) Klein, S. 48.
[12]) Pernau, S. 27.

I. Abschnitt:

Die rechtliche Natur der Umwandlung.

1. Die Umwandlung als Inhaltsänderung.

Manche vertreten die Ansicht, die Vereinbarung nach § 607 Abs. II BGB. sei ein Vertrag über die Aenderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses und falle somit unter § 305 BGB.[1])

Im Gegensatz zum römischen Recht gewährt das BGB. im weitesten Maße die Möglichkeit, ein bestehendes Schuldverhältnis unbeschadet seiner Identität zu verändern. Die Römer hatten eine starre Auffassung von dem iuris vinculum. Dieses konnte weder in seinem einmal vereinbarten Inhalt verändert, noch auf andere als die ursprünglich beteiligten Personen übertragen werden. Den Römern blieb daher nur der Ausweg, das bisherige Schuldverhältnis aufzuheben und an dessen Stelle ein neues mit dem gewünschten Personen zu setzen. Diese Novation hatte aber den Nachteil, daß etwaige Bürgen und Pfänder frei wurden.[2])

Unser Recht ist demgegenüber elastischer. Es läßt zu, daß an die Stelle des Gläubigers wie des Schuldners eine andere Person tritt, ohne daß es einer Aufhebung und Neubegründung des Schuldverhältnisses bedarf (§§ 398, 414 BGB.) Weiter kann auch durch Vertrag der Inhalt eines Schuldverhältnisses geändert werden, ohne daß dieses seine Identität verliert (§ 305 BGB.). Fraglich ist nur, wo die Grenzen der vertraglichen Inhaltsänderung liegen, wann also das abgeänderte Schuldverhältnis nicht als Fortsetzung des alten, sondern als ein völlig neues erscheint.

Zweifellos liegt lediglich eine Inhaltsänderung vor, wenn sich die Vereinbarung darauf beschränkt, eine Forderung verzinslich oder die Fälligkeit von einer Kündigung abhängig zu machen. Dieses sind Nebenabreden, die den Bestand der Forderung nicht berühren. Eine Kaufforderung bleibt Kaufforderung auch wenn sie verzinslich ist. Etwaige Sicherungen bleiben bestehen; soweit die Aenderung allerdings eine Erweiterung der Schuld enthält, wirkt sie gegen den Bürgen und Eigentümer der verpfändeten Sache nur mit deren Zustimmung, denn der Hauptschuldner kann die Stellung des Bürgen und Verpfänders nicht verschlechtern (§§ 767 Abs. 1 S. 3, 1210 Abs. I, S. 2 BGB.).

---

[1]) Klein, S. 42/43 u. 47; Leonhard, Bd. I, S. 648 ff, Bd. II, S. 187; Martin, S. 56 ff.

[2]) Kipp, Röm. Recht § 92.

So bestände kein Bedenken, die Umwandlung des § 607 II als Inhaltsänderung anzusehen, wenn sie nur die Wirkung hätte, daß die fortbestehende Schuld, etwa eine Kaufpreisforderung, lediglich in einzelnen Beziehungen als Darlehen behandelt würde. Die Tragweite dieser Vorschrift geht aber weiter. Denn nach dem Wortlaut des § 607 Abs. II hat die Abrede die Wirkung, daß das, was bisher aus einem anderen Grunde geschuldet wurde, nunmehr als Darlehen geschuldet wird. Es entsteht also ein neuer Schuldgrund. Aus der bisherigen Kaufpreis-, Miet- usw. Forderung wird eine Darlehnsforderung. Hier erhebt sich die Frage, ob dieses noch eine Inhaltsänderung nach § 305 BGB. darstellt oder darüber hinausgeht.

Vielfach wird nun die Ansicht vertreten, daß, wenn ein neuer Schuldgrund entsteht, damit die der Inhaltsänderung gesetzte Grenze überschritten wird.[3]) Die causa — so erklärt man — sei ein für die Individualität des Schuldverhältnisses bestimmendes Moment, sie sei das Fundament der Obligation und mit ihr stehe und falle das Rechtsgebäude, daß sich darüber erhebt. Eine solche Typenänderung sei keine Inhaltsänderung.[4])

Hieran ist so viel richtig, daß die Parteien nicht beliebig einen Schuldgrund durch einen anderen ersetzen und dadurch die rechtliche Natur einer Forderung verändern können. Ich kann gewiß nicht vereinbaren, daß ich eine Forderung aus einem Kaufvertrag als Mietforderung schulden solle. Dieses scheitert daran, daß nicht die Parteien dem Schuldverhältnis den Rechtscharakter als Kauf, Miete usw. aufprägen, sondern das Gesetz. Die Parteien können nur einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand schaffen. Es ist Aufgabe der Juristen, festzustellen, welchen Typus dieses Rechtsgeschäft darstellt. Um unter einen bestimmten Typ zu fallen, muß ein Rechtsgeschäft bestimmte Merkmale aufweisen. Eine Mietforderung kann daher nur entstehen, wenn der gesetzliche Tatbestand der Miete erfüllt ist.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sich der Typus eines Schuldverhältnisses nur ändern kann, wenn ein völlig neuer Entstehungsgrund geschaffen wird. Es bleibt vielmehr die Frage offen, ob sich nicht durch eine Inhaltsänderung der Schuldgrund, d. h. die Rechtsnatur eines Schuldverhältnisses, ändern kann.

Der Rechtsverkehr bewegt sich vorwiegend in typischen Vertragsarten, wie Kauf, Miete, Darlehen usw. Es ist daher nur eine Erleichterung für den Verkehr und für die Rechtsanwendung, wenn das Gesetz eine Reihe solcher typischer Vertragsarten aufstellt. Bei dem unser Recht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien, soweit keine besonderen Vorschriften entgegenstehen, Schuldverträge jeden Inhaltes abschließen. Deshalb sind auch gemischte Verträge möglich, die Bestandteile verschiedener Vertragstypen umfassen.

---

[3]) Pernau, S. 11/12; Pantle, S. 32 ff.
[4]) Pernau, S. 12 u. 15.

Zudem sind die Grenzen zwischen den einzelnen Vertragstypen flüssig. Es sei hier nur an die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Miete und Pacht erinnert. So kann von zwei Verträgen, die sich inhaltlich nur unwesentlich von einander unterscheiden, der eine ein Mietverhältnis und der andere ein Pachtverhältnis begründen. Weiter kann auch aus einem Vertrage, der sich als Pachtverhältnis darstellt, dadurch, daß einzelne Bestimmungen geändert werden, ein Mietvertrag werden. Dem Pächter wird die Fruchtziehung der Sache genommen, aber der Gebrauch belassen. Dadurch werden seine Rechte nur vermindert, obwohl er damit aufhört, Pächter zu sein und zum bloßen Mieter wird. Man wird hier nicht sagen, daß bisherige Schuldverhältnis sei erloschen und an seine Stelle ein neues getreten. Das Schuldverhältnis besteht vielmehr fort, es wird nach der Aenderung lediglich von den Juristen anders qualifiziert.[5]) Die geschichtliche Identität des Rechtsverhältnisses bleibt gewahrt; die dafür bestellten Sicherheiten bleiben bestehen. Aber nicht nur, wenn — wie bei der Pacht und Miete — der eine Vertragstyp den anderen umfaßt, kann sich durch eine Inhaltsänderung die Rechtsnatur des Schuldverhältnisses ändern, sondern auch wenn die beiden Vertragsarten sich ausschließen So kann ich, wenn ich eine Sache gekauft habe, nachträglich mit dem Verkäufer vereinbaren, daß er statt des Geldes einen anderen Gegenstand erhält. Hier wird der Kauf zu einem Tausch, und doch wird man nicht annehmen, daß ein völlig neues Schuldverhältnis begründet wird.[6])

Hieraus ergibt sich, daß man die Frage, ob eine Inhaltsänderung vorliegt, nicht danach entscheiden kann, ob sich die Rechtsnatur des Schuldverhältnisses geändert hat oder nicht. Man wird vielmehr unterscheiden müssen zwischen der Aenderung des rechtlichen Charakters einer Schuld und der Aenderung des Entstehungsgrundes einer Schuld. Entstehungsgrund ist der Tatbestand, an dessen Vorhandensein das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge knüpft. Der Typus dagegen ist nur das rechtliche Kleid, das das aus einem bestimmten Tatbestand entspringende Schuldverhältnis trägt. Nur den Tatbestand können die Parteien schaffen. Die rechtliche Natur des Schuldverhältnisses ist eine Frage der Subsumtion des Tatbestandes unter das Gesetz. Ist der Typus also nur die rechtliche F o r m, so kann er nicht dafür ausschlaggebend sein, ob ein Vertrag ein bestehendes Schuldverhältnis in seinem Inhalt ändert, oder unter Aufhebung des alten ein völlig neues Rechtsverhältnis schafft. Diesen Unterschied verkennt Pernau,[7]) wenn er erklärt: „Typenänderung ist causa-Aenderung und damit keine Inhaltsänderung mehr."

Eine Abgrenzung der Inhaltsänderung gegenüber der Aufhebung und Neubegründung läßt sich daher nur vom Entstehungs-

[5]) Planck-Siber § 305 II, 1 a bb; Klein, S. 47.
[6]) Leonhard, Bd. II S. 650; Klein S. 44 ff; a.A. Planck-Siber § 305 II, 1 a bb.
[7]) Pernau, S. 15.

tatbestand gewinnen. Man wird objektiv nach dem Maß der von den Parteien getroffenen Aenderungen beurteilen müssen, ob dieses oder jenes der Fall ist. Nicht der Wille der Parteien ist maßgebend, weil sich diese über den Gegensatz nicht klar sind. Es geht nicht an, in zwei gleichliegenden Fällen das eine Mal eine Ersetzung und das andere Mal eine Inhaltsänderung anzunehmen, je nach der Willensrichtung der Parteien.

Wie weit eine Aenderung des Leistungsgegenstandes möglich ist, braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Denn dieser bleibt bei der Umwandlung in ein Darlehen der gleiche. Die Schuld geht nach wie vor auf eine bestimmte Summe vertretbarer Sachen. Daß die Schuld gegebenenfalls von jetzt ab verzinslich ist, macht keinen wesentlichen Unterschied. Wenn man von der Inhaltsänderung verlangt, daß sie auf eine wirtschaftliche Fortsetzung des alten Schuldverhältnisses abzielt,[8]) so ist dieser Voraussetzung jedenfalls genügt.

Wird durch den Aenderungsvertrag ein vollständig neuer Tatbestand geschaffen, so liegt keine Inhaltsänderung sondern eine Neubegründung vor. So ist eine abstrakte Schuld stets eine neue Schuld, mag sie auch in ihrem wirtschaftlichen Inhalt sich mit der alten decken. Von einer Inhaltsänderung wird man nur dann sprechen können, wenn auf der Grundlage des bisherigen Tatbestandes weitergebaut wird, mag dadurch auch der Stil des Gebäudes ein anderer werden. Deshalb ist es eben keine Inhaltsänderung, wenn der Pächter die Pachtsache kauft, sondern Aufhebung des Pachtvertrages verbunden mit dem Abschluß eines Kaufvertrages.[9]) Dieses ist keine organische Weiterentwicklung des Pachtvertrages. Das Bestehen des Pachtverhältnisses ist höchstens der Anlaß für das Zustandekommen des Kaufes gewesen. Auch sachlich ist die neue Schuld von der alten ganz verschieden.

Im Ergebnis können wir sonach feststellen, daß ein Schuldverhältnis infolge der vertraglichen Inhaltsänderung einen anderen Typus annehmen k a n n.[10]) Was für das Schuldverhältnis als ganzes, als Organismus, gilt, muß auch für die Aenderung eines einzelnen daraus entstehenden Anspruchs gelten. Der Umwandlungsvertrag baut nun auf dem Grundgeschäft auf. Er nimmt eine einzelne Forderung heraus und gibt ihr einen anderen Typus. Das ursprüngliche Schuldverhältnis bildet das Fundament, auf dem sich das Weitere vollzieht. Nicht wird das Fundament zerstört, um einem völligen Neubau zu weichen.

Sonach könnte man versucht sein, die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen als Inhaltsänderung anzusprechen. Die Umwandlung geht aber doch über eine bloße Inhaltsänderung hinaus. Nach § 305 BGB. kann man wohl erreichen, daß auf eine Kaufpreisforderung Vorschriften des Darlehns Anwendung finden.

---

[8]) Leonhard, Bd. I, S. 649.
[9]) Enneccerus-Lehmann § 42 Anm. 4; Leonhard, Bd. I, S. 649.
[10]) Klein, S. 64.

Dadurch wird aber noch nicht die Kaufpreisforderung zu einer Darlehnsforderung. Ein Darlehen kann nicht beliebig geschaffen werden, sondern nach § 607 Abs. I BGB. nur dadurch, daß der Schuldner Geld oder andere vertretbare Sachen mit der Abrede als Darlehen empfängt. Lediglich durch Worte kann dieser Tatbestand nicht erfüllt werden. Durch eine Vereinbarung könnte daher ohne die ausdrückliche Vorschrift des Abs. 2 ein Darlehen nicht entstehen. § 607 Abs. II ist also nicht nur ein Ausfluß des in § 305 BGB. enthaltenen allgemeinen Prinzips.

Stellte § 607 Abs. II BGB. nur eine Inhaltsänderung dar, so wäre der Klagegrund nach wie vor das Grundverhältnis, z. B. der Kauf. Dann könnte der Gläubiger nicht auf Darlehen klagen. Dieses war aber — wie die Motive klar ergeben — gerade der Zweck für die Aufnahme der Bestimmung, nämlich die Schaffung einer einwandfreien Grundlage für die Darlehnsklage.

2. Die Umwandlung als Begründung einer selbständigen Verbindlichkeit.

Manche wollen in der Vereinbarung nach § 607 Abs. II BGB. die Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit sehen.[11])

Diese Ansicht ist zuerst von Bähr in seinem Buche „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund"[12]) aufgestellt worden. Bähr geht hierbei davon aus, daß niemals eine bestehende Schuld in eine andere materielle Schuld verwandelt werden könne, daher auch nicht in ein Darlehen. Er sieht das Charakteristische der Umwandlung darin, daß eine abstrakte Schuld geschaffen wird, für die das Wort „Darlehen" nur den Namen hergebe. Der Name sei von dem einfachsten, analoge Wirkungen erzeugenden materiellen Rechtsgeschäft erborgt. Wenn jemand erkläre: „Ich habe so und soviel als Darlehen empfangen" so sei das ein Ausdruck der Umgangssprache, der das gleiche bedeute wie: „Ich will so und soviel schuldig sein." Die Wissenschaft dürfe sich jedoch durch das Wort „Darlehen" nicht täuschen lassen.[13])

Wir stimmen — wie bereits erörtert — mit Bähr darin überein, daß man einer Schuld nicht beliebig den Charakter eines anderen Rechtsverhältnisses aufdrücken kann. Weiter ist es auch richtig, daß das Darlehen neben den abstrakten Verbindlichkeiten das Rechtsgeschäft ist, dessen Inhalt am einfachsten gestaltet ist. Das Darlehen ist eine streng einseitige Schuldverpflichtung, die sich in der Verpflichtung des Darlehnsnehmers zur Rückerstattung erschöpft. Die Verpflichtung geht stets auf vertretbare Sachen, gewöhnlich sogar auf die vertretbarste, nämlich Geld. Für das Darlehen gelten nur wenige besondere Vorschriften; es untersteht im wesentlichen den allgemeinen Bestimmungen über das Recht

[11]) Schöninger, S. 298; Rümelin in ArchzivPr. Bd. 97, 258.
[12]) § 62 a.
[13]) Aehnlich Schöninger, S. 298/99.

der Schuldverhältnisse. Das Darlehen ist demnach eine ziemlich „farblose Schuld[14]) und zeigt eine starke Verwandtschaft mit der abstrakten Verbindlichkeit. Man kann mit Schöninger[15]) von einer „wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der wirklichen Darlehnsforderung mit dem wirklichen abstrakten Schuldverhältnis" sprechen.

Schließlich ist auch Bähr darin Recht zu geben, daß sich die Nichtjuristen unter einer abstrakten Schuld nichts vorstellen können, während ihnen der Begriff und Inhalt des Darlehens geläufig ist. Deswegen mögen Laien, wenn sie eine selbständige Verpflichtungserklärung abgeben, leicht geneigt sein, darin den Ausdruck „Darlehen" aufzunehmen.

Aber aus alle dem läßt sich noch nicht die Schlußfolgerung ziehen, daß es sich im Falle des § 670 Abs. II, da ein wirkliches Darlehen nicht gegeben wird, nur um die Begründung eines abstrakten Schuldverhältnisses handeln könne. Wenn der Schuldner mit dem Gläubiger vereinbart, er wolle eine Schuld als Darlehen schulden, so erkennt er damit an, die Summe schuldig zu sein. Aber das ist noch kein abstraktes Schuldanerkenntnis. Dazu ist vielmehr der Wille der Parteien erforderlich, eine selbständige Verbindlichkeit zu begründen. Wann dieser Wille im Einzelfall anzunehmen ist, ist Auslegungsfrage. Entscheidend ist dabei nicht der Wortlaut der Erklärung, ob der Rechtsgrund der Verpflichtung darin erwähnt wird oder nicht.[16]) Da den Parteien der Begriff des abstrakten Geschäftes unbekannt ist, wird sich eine eindeutige Erklärung hierüber selten finden. Man ist daher auf eine Auslegung ihrer Abmachungen angewiesen, wobei vor allem der Zweck des Vertrages und die begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind.[17]) Zu weit geht es aber, wenn man den Willen der Parteien ganz ausschaltet und es lediglich auf den Zweck des Geschäftes abstellt.[18]) Der Wille sich selbständig zu verpflichten, muß in irgend einer Weise ersichtlich sein.[19])

Wie ist nun die Sachlage bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen? Ist hier der Wille, eine selbständige Verbindlichkeit zu begründen, vorhanden? Man stelle sich vor, wie die Vereinbarungen solcher Art zustande kommen: Der Gläubiger hat dem Schuldner etwas verkauft und ihm die Kaufsache auch bereits übergeben. Es war vereinbart, der Käufer solle den Kaufpreis sofort bezahlen. Dem Schuldner ist es nun infolge unvorhergesehener Ereignisse unmöglich, den Kaufpreis augenblicklich zu begleichen. Er geht zu seinem Gläubiger hin und erklärt ihm dieses. Da dieser das Geld nicht nötig hat und ihm der Käufer ein sicherer Schuldner ist, ist er bereit auf die sofortige Zahlung zu

---

14) Leonhard, Bd. II, S. 187.
15) Schöninger, S. 298.
16) A.A. Thur, Bd. II, Abt. 2, S. 118/19.
17) Enneccerus-Lehmann § 198 I, 1; RG. Warn. 1910, Nr. 151.
18) So Rümelin, ArchivPr. Bd. 97 S. 275; dagegen Klingmüller, S. 69 ff; Planck § 780, 1 c.
19) Leonhard, Bd. II, S. 350.

verzichten. Die Parteien vereinbaren nun, daß der Kaufpreis als Darlehen geschuldet und mit so und soviel Prozent verzinst werden solle. Vielleicht setzen sie auch hierüber noch eine Urkunde auf.

Den Parteien kommt es hierbei nur darauf an, daß das Geld jetzt noch nicht gezahlt, sondern die Schuld weiterbestehen soll. Sie denken nicht daran, einen neuen Verpflichtungsgrad zu schaffen und dadurch die Rechtsstellung des Schuldners zu verschlechtern. Bei der Ausstellung des Schuldscheines denken sie in erster Linie an die Schaffung eines Beweismittels, denn der Gedanke an den Prozeß steht bei ihnen im Vordergrund. Es kann in einem solchen Falle der Wille, eine selbständige Schuld zu begründen, vorliegen. Es bedarf aber dann besonderer Umstände, um diesen Schluß zu rechtfertigen. Jedenfalls kann in der Vereinbarung, eine Schuld in ein Darlehen umzuwandeln, dieser Wille noch nicht gefunden werden.

Für die Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit ist grundsätzlich die Schriftform vorgeschrieben (§§ 780, 781 BGB.). § 607 Abs. II stellt für die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen ein Formerfordernis nicht auf. Will man daher in der Umwandlung die Begründung einer selbständigen Schuld erblicken, so muß man entweder § 607 Abs. II BGB. als Ausnahme von dem Grundsatz der Schriftlichkeit ansehen,[20]) oder auch für diesen Fall die Beobachtung der Schriftform erfordern.[21]) Gegen beide Annahmen bestehen aber erhebliche Bedenken.

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht aus von dem Grundsatz der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte. Alle Erklärungen, die einer Form bedürfen, sind besonders hervorgehoben. Dieses ist aber bei § 607 Abs. II nicht geschehen. Es geht daher nicht an, in diese Vorschrift ein Formerfordernis hereinzutragen, das ihr von Natur nicht anhaftet. Es bliebe daher nur übrig, falls man eine abstrakte Schuld annehmen wollte, diese formfrei entstehen zu lassen. Hiergegen spricht jedoch, daß nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes nur in zwei Fällen ein Schuldversprechen keiner Form bedarf, nämlich wenn es auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs erteilt ist (§ 782 BGB.). Da die Vereinbarung des § 607 Abs. II nicht erwähnt ist, wird man sie ohne zwingenden Grund nicht als Ausnahmefall anerkennen können. Ein solcher Grund läge nur vor, wenn es keinen anderen Weg gäbe als § 607 Abs. II durch Annahme einer abstrakten Schuld zu erklären.[22]) Das müßte aber erst noch bewiesen werden. In dem Falle des Vergleichs und der Abrechnung ist die Schriftform entbehrlich, da hier der Zweck klar ersehen läßt, daß eine bindende Feststellung gewollt ist.[23]) Dieses trifft bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen nicht zu. Ein Vergleich und eine Abrech-

[20]) So Welsch S. 59, Anm. 2.
[21]) So Rümelin, a.a.O., S. 258; Schöninger S. 299.
[22]) Martin, S. 23.
[23]) Prot. Bd. II, S. 509.

nung sind nicht denkbar, ohne daß eine bestimmte Summe genannt wird, die jetzt noch geschuldet sein soll. Eine Umwandlung wird dagegen oft so vor sich gehen, daß die Parteien übereinkommen, der Schuldner solle das, was er noch schuldig sei, als Darlehen schulden, ohne daß hierbei ein Betrag erwähnt wird.

Hinzu kommt noch, daß die Ansicht von Welsch zu durchaus unerwünschten Folgen führen würde. Man könnte nämlich die Formvorschrift der §§ 780, 781 auf einfachem Wege umgehen. Man brauchte nur das Wort Darlehen statt Anerkenntnis zu setzen, und man könnte ohne Wahrung der Schriftform eine abstrakte Schuld begründen. Damit würde der vom Gesetz mit der Aufstellung des Erfordernisses der Schriftform beabsichtigte Zweck vereitelt.[24])

Ein abstraktes Versprechen wird zwar „mit Rücksicht auf einen bestehenden Rechtsgrund, aber unter Loslösung von diesem"[25]) begründet. Der Rechtsgrund gibt die „wirtschaftliche Erläuterung"[26]) dafür, weshalb die abstrakte Schuld eingegangen wird. Diese entsteht aber auch, wenn der Rechtsgrund nicht zutrifft, d. h. das zugrundegelegte Schuldverhältnis nicht bestehet. Damit ist allerdings nicht gesagt, daß der Schuldgrund unerheblich ist. Denn, ist das Schuldversprechen ohne Rechtsgrund gegeben, so ist die Begründung der selbständigen Schuld eine rechtlose Vermögensverschiebung, die einen Ausgleichsanspruch nach § 812 BGB. erzeugt.

Eine abstrakte Verbindlichkeit entsteht also unabhängig davon, ob die anerkannte Schuld besteht oder nicht. Hier zeigt sich ein Unterschied von der Umwandlung. Denn § 607 Abs. II BGB. setzt das Bestehen einer Schuld voraus. Die Umwandlung ist nur möglich, wenn der Schuldner wirklich Geld oder andere vertretbare Sachen schuldet. Nur das, was jemand aus einem anderen Grunde bereits schuldet, kann als Darlehen geschuldet werden. Auch die Motive[27]) heben besonders hervor, daß die Umwandlung das Bestehen einer einwandfreien Verbindlichkeit voraussetzt. Hier besteht also ein unüberbrückbarer Gegensatz zwischen dem selbständigen Schuldversprechen und der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen. Deshalb ist es ausgeschlossen, daß die Vereinbarung des § 607 Abs. II BGB. rechtlich als Begründung einer abstrakten Schuld aufgefaßt werden kann.

Man könnte allerdings daran denken, die abstrakte Verbindlichkeit sei in diesem Falle von einer Bedingung abhängig gemacht, nämlich von dem Bestehen der Schuld. Nun gehört zwar die selbständige Verpflichtung nicht zu den bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften. Es widerspricht an sich nicht ihrer Selbständig-

[24]) Martin, S. 23.
[25]) RG, JW 03 Beil. Nr. 226.
[26]) Leonhard, Bd. I, S. 387.
[27]) Mot. Bd. II, S. 312.

keit, daß sie von einer Bedingung abhängig gemacht wird.[28]) Jedoch ist es mit dem Begriff der abstrakten Forderung unvereinbar, sie von dem Bestehen des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses abhängig zu machen. Denn dann wäre sie eben nicht mehr abstrakt. Das Wesen der Abstraktheit besteht ja gerade darin, daß die Verpflichtung von dem Schuldgrund losgelöst ist.[29])

Ist ein Schuldschein ausgestellt, so ist es möglich, daß dadurch eine abstrakte Schuld begründet ist, falls nämlich ein entsprechender Wille der Parteien festgestellt werden kann. Dann liegt aber nicht eine Umwandlung nach § 607 Abs. II BGB., sondern der Fall des § 780 vor. Wenn sich die Parteien dabei des Wortes „Darlehen" bedienen, so hat das nur den Sinn einer bloßen „Floskel".[30]) Die Parteien können aber auch damit beabsichtigt haben, gleichzeitig die Schuld in ein Darlehen umzuwandeln. Es fragt sich dann, in welchem Verhältnis die abstrakte Schuld zu dem Grundgeschäft steht.

Hier bestehen zwei Möglichkeiten. Einmal kann die neue Schuld neben die alte treten, sodaß der Gläubiger zwei Forderungen hat. Dieses ist nach § 364 Abs. II der regelmäßige Fall, da die Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit im Zweifel nur Erfüllungshalber geschieht. Beide Forderungen bestehen selbständig nebeneinander, sodaß jede für sich geltend gemacht werden kann. Sie stehen aber in einer inneren Verbundenheit, denn sie sind beide auf Befriedigung desselben Interesses gerichtet. Deshalb kann der Gläubiger die Leistung nur einmal verlangen. Durch Erfüllung der abstrakten Schuld wird zugleich die alte Forderung um deretwillen die neue begründet ist, getilgt. Ist die alte Forderung erfüllt, so erlischt die abstrakte zwar nicht von selbst, sie unterliegt aber der Rückforderung bezw. der Bereicherungseinrede, da der rechtliche Grund weggefallen ist. Die Begründung eines akzessorischen Schuldversprechens kann jedoch nicht gleichzeitig der Fall des § 607 Abs. II sein, denn nach dem Wortlaut besteht nach der Umwandlung nur e i n e Forderung.

Wird die neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen, so wird dadurch die bisherige Schuld getilgt, es bleibt also nur die neue bestehen. Es treten die Wirkungen der Erfüllung ein, Nebenrechte gehen unter. Dann ist die neue Schuld aber eine abstrakte Schuld und kein Darlehen, der Erfolg des § 607 II also nicht erreicht.

Um dieses Ziel zu erreichen, müßte man zwei verschiedene Rechtsgeschäfte annehmen, nämlich einmal einen Schuldumwandlungsvertrag und dann die Begründung einer selbständigen Verbindlichkeit. Manche halten dieses für den Regelfall der Schuldumwandlung.[31])

---

[28]) Staudinger-Kober § 780 A III c; Jung, S. 866.
[29]) v. Thur, Bd. II, Abt. 2 S. 73 Anm. 73; Leonhard, Bd. II, S. 351. Planck § 780 A 3 a; a.A. Jung, S. 866.
[30]) Dernburg, BürgR. Bd. II 1 S. 215.
[31]) Planck-Gunkel § 607 A 8 d; Staudinger-Kober VII c.

Rechtlich ist die Sache dann so zu konstruieren: Die Parteien begründen zunächst eine abstrakte Verbindlichkeit. Durch Annahme dieser Schuld an Erfüllungsstatt wird die bisherige Schuld getilgt. Die abstrakte Schuld wird dann in ein Darlehen verwandelt.[32]) Dann ist also die Umwandlung nicht durch einen abstrakten Vertrag erfolgt, sondern steht selbständig daneben.

Gegen diese Konstruktion ist eingewandt worden, daß sie mit dem „klaren Wortlaut" des § 607 Abs. II BGB. in Widerspruch stehe.[33]) Eine Umwandlung sei nur aus einer kausalen Schuld wie Kauf, Miete usw. möglich, nicht aber aus einer abstrakten. Dieser Ansicht kann man m. E. nicht beipflichten. § 607 Abs. II spricht ganz allgemein von dem, was aus einem anderen Grunde geschuldet wird, ohne daß man daraus entnehmen könnte, daß eine Schuld aus einer abstrakten Verbindlichkeit ausgeschlossen sein soll. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb dieses der Fall sein sollte.

Wollte man umgekehrt annehmen, daß zunächst die Schuld in eine Darlehnsschuld umgewandelt, und dann eine abstrakte Schuld begründet wird, so wäre die Umwandlung überflüssig. Denn dann wäre nicht mehr erreicht, als wenn man sofort eine abstrakte Schuld begründete. Denn ob die ursprüngliche Schuld oder die in ein Darlehen umgewandelte Schuld durch die abstrakte Verbindlichkeit getilgt wird, ist im Ergebnis gleich. Es bliebe in beiden Fällen nur die abstrakte Schuld bestehen, während die Parteien doch eine Darlehnsschuld begründen und gleichzeitig die Vorteile der Abstraktion genießen wollen. Dieses Ziel läßt sich nur so erreichen, daß zunächst eine abstrakte Verbindlichkeit begründet und diese dann in ein Darlehen verwandelt wird.[34])

Außerdem ist es selbstverständlich möglich, daß eine Schuld in ein Darlehen umgewandelt wird, und daß daneben noch eine abstrakte Schuld begründet wird.[35]) Dann tritt der abstrakte Schuldgrund akzessorisch zu der Darlehnsschuld hinzu.

Nach alledem ergibt sich, daß die Erklärung des § 607 Abs. II BGB. — auch wenn ein Schuldschein ausgestellt ist — nicht in der Annahme der Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit gefunden werden kann.

3. Die Umwandlung als Novation.

Sodann wird noch, teils im Zusammenhang mit der Behauptung, die Umwandlung sei Begründung einer abstrakten Schuld, die Ansicht vertreten, § 607 Abs. II BGB. sei ein Fall der Novation. Nach Bähr[36]) bildet die Ausstellung eines Darlehnsscheines

---

[32]) Staudinger-Kober VII c.
[33]) Pernau, S. 25; Holbeck, S. 30.
[34]) Vgl. S. 12.
[35]) RG. Warn. 1911 Nr. 232.
[36]) S. 279.

fast die ausschließliche dem heutigen Verkehr geläufige Form der eigentlichen, sogen. privativen Novation, Dernburg[37]) bezeichnet die Schuldumwandlung in Darlehen als den reinsten Fall der Novation. Insbesondere ist auch das Reichsgericht, das die Novation als Umschaffung bezeichnet, der Ansicht, daß in der Abrede gemäß § 607 Abs. II eine Novation gefunden werden kann.[38])

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Novation nicht geregelt. Wir müssen daher, um den Begriff der Novation zu bestimmen, auf das römische Recht zurückgehen. Danach lautet die Definition: „novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur."[39]) Novation ist also die Aufhebung einer Schuld durch Begründung einer neuen, was nach römischen Recht wegen der Unwirksamkeit formloser obligatorischer Verträge nur durch Stipulation geschehen konnte. Der alte Schuldinhalt, das prius debitum, wurde in eine neue Verbindlichkeit übergeleitet. Wirtschaftlich betrachtet wird die Schuld umgeformt, rechtlich aber eine neue begründet. Die Novation diente dazu um an einer Obligation Veränderungen vorzunehmen, einen neuen Gläubiger oder Schuldner einzufügen oder den rechtlichen Charakter der Schuld zu ändern.[40]) Denn die starre Auffassung der Römer von der Obligation ließ eine Aenderung unter Wahrung der Identität nicht zu. Die alte Obligation mußte daher durch eine vollständig neue ersetzt werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Bestimmung über die Novation. Da in unserm Recht sowohl auf der Gläubigerseite wie auf der Schuldnerseite eine andere Person in das Schuldverhältnis eintreten, als auch dieses in seinem Inhalt geändert werden kann, kann die Novation bei uns nicht die Bedeutung haben wie im römischen Recht. Vielfach wird sogar behauptet, die Uebernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt und in novierender Absicht seien dasselbe.[41]) Auch das Reichsgericht betrachtet in mehreren Entscheidungen die Annahme an Erfüllungsstatt als Novation.[42])

Man kann der Novation nur dann eine selbständige Bedeutung für unser Recht beimessen, wenn sie gegenüber der Uebernahme an Erfüllungstatt eine verschiedene Wirkung hat. Nach Crome[43]) ist das Versprechen an Erfüllungsstatt ein stärkerer Tilgungsmodus als die Umwandlung. So komme, wenn die neue Schuld nichtig sei, eine Novation nicht zustande, da diese voraussetze,

---

[37]) Bürgerl. Recht § 120 II; ähnlich Schoeninger S. 290/91.
[38]) RG. SeuffArch. Bd. 62, S. 351; RG. Bd. 119, S. 24; Bd. 134 S. 153.
[39]) 1. D.g. 46, 2.
[40]) Sohm-Mitteis-Wenger § 78 I 3 A; Kipp Röm. Recht. S. 280/81.
[41]) Enneccerus-Lehmann § 75 Anm. 16; Heck § 59, 13; Schoeninger S. 299; Kohler, Lehrb. II, S. 183.
[42]) RG. JW. 1903, Beil. 96; SeuffArch. 62/351; RG. 107, S. 34 (Ausstellung eines Prolongationswechsels gegen Rückgabe des alten Wechsels).
[43]) System, Bd. II § 188.

daß das Kreditverhältnis wirtschaftlich, nur in veränderter Form fortgesetzt werde. Im Gegensatz dazu gehe bei der Leistung an Erfüllungstatt auch im Falle der Nichtigkeit der neuen Schuld die alte definitiv unter. Dem dürfte jedoch nicht zuzustimmen sein. Ein nichtiges Schuldversprechen stellt keine Leistung dar. Deswegen kann man hier die Regeln über die Leistung an Erfüllungsstatt garnicht anwenden.[44])

Auch Pantle[45]) nimmt bei der Leistung an Erfüllungsstatt stärkere Wirkungen an als bei der Umschaffung. Er findet den Unterschied darin, daß sich die Umschaffung im Verpflichtungsstadium vollzieht und daß das alte Schuldverhältnis fortgesetzt wird, während die Leistung an Erfüllungsstatt im Erfüllungsstadium erfolgt und bei ihr der Gläubiger befriedigt wird. Nach ihm wird bei der Leistung an Erfüllungsstatt einfach etwas anderes als das ursprünglich Geschuldete geleistet, ohne daß die obligatorischen Beziehungen der Parteien vorher geändert würden. Geschuldet bleibe nach wie vor die ursprünglich geschuldete Leistung. Hierbei wird jedoch übersehen, daß nur die Bewirkung der geschuldeten Leistung das Schuldverhältnis ohne weiteres erlöschen läßt, während bei der Leistung an Erfüllungsstatt noch etwas weiteres hinzukommen muß, nämlich das Einverständnis des Gläubigers über diese Art der Tilgung. Es vollzieht sich also mindestens gleichzeitig mit der Annahme an Erfüllungsstatt eine Inhaltsänderung der Obligation. Die alte Schuld erhält durch die Schuldabänderung einen neuen Inhalt und wird dann durch Erfüllung getilgt. Die Leistung an Erfüllungsstatt ist daher eine Erfüllung der veränderten Schuld.[46]) Wenn auch bei der Leistung an Erfüllungsstatt die Schuldabänderung erst mit der Leistung erfolgt, so ist das für die rechtliche Beurteilung belanglos. Rechtlich läßt sich die Sache auch so auffassen, daß der Gläubiger mit der Annahme an Erfüllungsstatt auf seine Forderung verzichtet. Wenn man demgegenüber erklärt, die Novation vollziehe sich im Verpflichtungsstadium, so ist damit wenig gesagt. Gewiß es wird wird bei der Novation eine neue Verpflichtung begründet. Aber das ist ebenso bei der Annahme einer Forderung an Erfüllungsstatt der Fall. Wirtschaftlich mag man einen Unterschied zwischen der Novation und der Annahme an Erfüllungsstatt machen können, indem man bei der ersteren den Hauptwert auf die neue Forderung, bei der letzteren auf die Befriedigung der alten legt. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß auch bei der Novation die alte Verbindlichkeit aufgehoben wird. Inwiefern aber die Tilgung in beiden Fällen eine verschiedene Wirkung haben soll, ist nach der Begründung von Pantle nicht einzusehen.

Umgekehrt wie Crome und Pantle nimmt das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen an, daß die Novation eine stärkere

---

44) Enneccerus-Lehmann § 75 Anm. 16.
45) Pantle S. 48 ff u. 70 ff.
46) Leonhard Bd. I, S. 495.

Wirkung habe als die Leistung an Erfüllungsstatt. Der Novation liege der Gedanke des Verzichtes auf die alte und der Neubegründung einer selbständigen Schuld zugrunde. Das alte Schuldverhältnis werde durch das neue völlig beseitigt, das an dessen Stelle trete und zwar dergestalt, daß keiner der Beteiligten mehr auf das alte Schuldverhältnis zurückgreifen könne.[47]) Die Auswirkung dieser Ansicht zeigt sich insbesondere bei der Aufwertung. Denn ist das alte Schuldverhältnis durch die Novation vollständig untergegangen, so kann eine Aufwertung dieser Forderung nicht begehrt werden. Anders ist es nach der Ansicht des Reichsgerichts, wenn das von den Parteien vorgenommene Rechtsgeschäft nicht als Umschaffung sondern als Annahme an Erfüllungsstatt zu beurteilen ist. Letztere sei für die Aufwertung ebenso zu behandeln wie die Zahlung. Dann sei also rechtlich eine Aufwertung der ursprünglichen Forderung möglich.[48])

Aber es erscheint doch fraglich, ob hier ein wirklicher Unterschied zwischen der Annahme an Erfüllungsstatt und der Novation vorliegt. Denn nur dann läßt das Reichsgericht bei der Leistung an Erfüllungsstatt eine Aufwertung zu, wenn sie als Teilleistung anzusehen ist.[49]) Es liegt also in Wirklichkeit auch nur eine Teilleistung an Erfüllungsstatt vor. Das Reichsgericht setzt sich hier aus Billigkeitsrücksichten darüber hinweg, daß die Parteien angenommen haben, die Schuld sei der Leistung gleichwertig. Wenn es dazu ausführt, die Gründe, die bei einer Barzahlung dazu geführt haben, die Aufwertung zuzulassen, wenn sich herausstellt, daß die Leistung zu dem, was sie hat tilgen sollen, in unbilligem Mißverhältnis gestanden hat, könnten auch bei der Hingabe an Erfüllungsstatt zutreffen, so ist dem hinzuzufügen, daß diese Gründe ebenso bei der Novation im Sinne des Reichsgerichts vorliegen können. Der Unterschied liegt nicht in der rechtlichen Verschiedenheit von Novation und Leistung an Erfüllungsstatt; sondern umgekehrt, wo das Reichsgericht eine Aufwertung ausschließen will, nimmt es Umschaffung, wo es dagegen eine Aufwertung zulassen will, Leistung an Erfüllungsstatt an. Im ersteren Fall betont es den Willen der Parteien, das bisherige Schuldverhältnis zu erledigen, im anderen Fall setzt es sich über die Parteivereinbarung hinweg. Es handelt sich hier um eine Unterscheidung, die das Reichsgericht erst auf dem Gebiete der Aufwertung herausgebildet hat. In früheren Entscheidungen sieht es die Novation einfach als einen Fall des § 364 Abs. II an.[50])

Schließlich sei noch hervorgehoben, daß nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Schuldgrund, d. i. das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten immer erheblich bleibt. Die Selbständigmachung eines Leistungsanspruchs ge-

---

[47]) RG. JW. 1927, S. 2502; JW. 1928 S. 55; RG. 113/206; 119, 23/24; 134/155.
[48]) RG. 134/156.
[49]) RG. 132/49.
[50]) RG. JW. 1903, Beil. S. 96; SeuffArch. 62/351; RG. 107/34.

genüber dem Grundgeschäft ist nur in beschränktem Maße möglich.[51]) Es kann immer noch vorgebracht werden, das neue Schuldverhältnis entbehre des Rechtsgrundes, wenn auch grundsätzlich so, daß der Schuldner den Mangel des rechtlichen Grundes zu beweisen hat. So auch bei dem Konto-Korrentanerkenntnis, das man vielfach als Novation ansieht. Dieses Anerkenntnis ist ein selbständiger Verpflichtungsgrund. Hierin liegt gerade die Bedeutung des Saldoanerkenntnisses. Doch ist der Konto-Korrentsaldo nicht etwas, was für sich allein besteht, sondern er stellt sich dar als das Ergebnis der in ihm verarbeiteten Rechnungsposten.[52]) Deshalb kann auch nach der Anerkennung im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung noch geltend gemacht werden, daß eine in das Kontokorrent aufgenommene Forderung nicht besteht oder zu Unrecht in das Kontokorrent aufgenommen ist.[53]) Die novierende Wirkung des Saldoanerkenntnisses ist daher nicht so stark, daß die Beteiligten nicht mehr auf die einzelnen Posten des Kontokorrents zurückgreifen könnten. Man wird daher dem Reichsgericht zustimmen, wenn es sagt, der Novationsgedanke sei nur ein Hilfsmittel, um gewisse rechtliche Eigentümlichkeiten des Kontokorrents begrifflich zurecht zu legen, daß aber diese Abstraktion dem Verkehrsbedürfnis nicht Gewalt antun dürfe.[54])

Nun ist es allerdings rechtlich möglich, daß ein Schuldversprechen mit der Vereinbarung gegeben wird, auf alle Einwendungen aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis, auch auf die Bereicherungseinrede zu verzichten.[55]) Ein solcher Verzicht muß aber besonders erklärt werden. Dann ist die Rechtslage so, „daß keiner der Beteiligten mehr auf das alte Schuldverhältnis zurückgreifen kann".[56]) Diesen Erfolg will das Reichsgericht der Novation zuschreiben. Der Novationsbegriff, wie ihn das Reichsgericht im Aufwertungsrecht verwendet, enthält also zwei verschiedene Rechtsgeschäfte, einmal eine Annahme an Erfüllungsstatt und sodann einen Verzicht auf alle Einwendungen aus dem Grundgeschäft. Ein solcher Verzicht auf die Einwendungen ist natürlich bei jedem Rechtsgeschäft, auch bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen möglich. Aber dieser Verzicht liegt nicht ohne weiteres in der Vereinbarung nach § 607 Abs. II BGB., sondern ist ein besonderes Rechtsgeschäft. Da ein solcher Verzicht von weittragenden Folgen sein kann, wird man ihn nur selten annehmen können und verlangen müssen, daß er klar zum Ausdruck kommt.

Die Novation ist also in unserm Recht kein besonderes Rechtsinstitut, vielmehr nur ein besonderer aus dem römischen Recht

---

51) Jung, S. 686 ff.
52) RG. JW. 1929, S. 588.
53) RG. 125/416; RG. JW. 1926/2677; Breit in Dür.-Hachenburg Anm. 50 u. 51 zu § 355.
54) RG. 87/437.
55) RG. 108/412.
56) RG. 134/155.

entnommener Name für die Leistung an Erfüllungsstatt, die in einer abstrakten Verbindlichkeit besteht.

Nun wird auch die Ansicht vertreten, neben der Ersetzung durch ein abstraktes Schuldverhältnis sei auch eine solche durch ein kausales Schuldverhältnis möglich[58]) (kausale Schuldumwandlung oder kausale Novation). Dieses ist jedoch abzulehnen, denn nur ein abstrakter Vertrag ist verschiedener causae fähig und nur ein solcher kann sich im Einzelfall die Aufhebung einer anderen Verbindlichkeit zur causa setzen.[59]) Sonach führt uns das Novationsproblem wieder zu der Frage zurück, ob in § 607 Abs. II BGB. die Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit gefunden werden kann, was — wie wir gesehen haben — nicht der Fall ist.

4. Die Umwandlung als Begründung eines Darlehens.

Nach dem Wortlaut des § 607 Abs. II BGB. entsteht durch die Umwandlung eine Darlehnsschuld. Ein Darlehen entsteht nach § 607 Abs. I BGB. durch die Hingabe von Geld. Durch eine Verabredung kann man daher kein Darlehen schaffen. Man kann sich verpflichten ein Darlehen zu geben oder anzunehmen, aber man kann durch eine bloße Vereinbarung nicht Darlehnsschuldner werden.[60]) Man hat daher erklärt, auch im Falle des Abs. II könne kein Darlehen entstehen, es fehle die reale Aufbringung des Geldes, es würden nur Worte gewechselt, aber keine Taten.[61])

Andererseits hat man, um auch im Falle des § 607 Abs. II BGB. die reale Natur des Darlehens zu wahren, verschiedene Konstruktionsversuche gemacht. So hat man, da eine wirkliche Zahlung nicht erfolgt, eine Zahlung fingieren. Man erklärt, juristisch sei die Sachlage so zu beurteilen, als wenn der Schuldner das Geld als Darlehen wieder zurückgegeben habe.[62]) Diese Konstruktion knüpft an eine Stelle Ulpians an: „videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta".[63]) Diese Fiktion hat im römischen Recht ihren besonderen Grund. Formlose Verträge mit Ausnahme der Konsensualverträge gewährten keinen klagbaren Anspruch. Das Verkehrsbedürfnis erforderte aber die Gültigkeit des Vereinbarungsdarlehens. Man suchte daher nach einer Möglichkeit, es als mutuum aufrecht zu erhalten und verfiel so auf die Fiktion der Doppelzahlung.

Die Fiktion ist ein Notbehelf und dient dazu Rechtssätze auf einen Tatbestand für anwendbar zu erklären, auf den sie sonst

[57]) Schoeninger S. 298.
[58]) RG. JW. 1927/2502; RG. JW. 1928/55.
[59]) Kipp Röm.R. S. 281.
[60]) Stölzel S. 315.
[61]) Schoeninger S. 298.
[62]) Freytag S. 50; Schollmeyer S. 88; vgl. auch OLG. Braunschweig, SeuffArch. Bd. 49, S. 276.
[63]) 1. Dig. 15 12 1.

nicht passen. Sie war im römischen Recht ein Mittel in der Hand des Prätors, um die überstarr geformten Rechtssätze dem Bedürfnis des Rechtslebens anzupassen.[64]) Zwar bedient sich auch unser Gesetz noch der Fiktionen. Wenn jedoch die Wissenschaft eine Fiktion anwendet, so ist das keine Erklärung eines juristischen Vorganges, vielmehr das Eingeständnis, daß die juristische Konstruktion versagt.[65])

Es entspricht auch garnicht der Absicht der Parteien, die alte Schuld zu tilgen und eine neue zu begründen. Der Schuldner will ja gerade nicht zahlen, kann es vielleicht auch im Augenblick garnicht, sondern will weiter Schuldner des Gläubigers sein. Die Schuld soll nicht getilgt, sondern verlängert werden.[66]) Etwas, was die Parteien nicht wollen, oder sogar nicht einmal können, kann man nicht durch eine Fiktion ersetzen.

Zur Begründung eines Darlehens ist es nicht erforderlich, daß der Darlehnsgeber dem Darlehnsnehmer das Geld in Natur übergibt. Der ursprüngliche und gewöhnliche Fall ist zwar der, daß eine körperliche Uebergabe erfolgt. Dann ist das Darlehen in dem Augenblick geschlossen, in dem der Darlehnsnehmer das Eigentum an der Valuta erwirbt. Das Gesetz spricht es zwar nicht besonders aus, daß eine Hingabe zu Eigentum erforderlich ist. Dieses folgt aber aus dem Sinn und Zweck des Darlehnsgeschäftes. Denn der Darlehnsempfänger soll die freie Verfügung über den Darlehnsgegenstand erhalten.[67]) Die Ueberlassung des Kapitals zur Verwertung setzt die Uebertragung des Eigentums voraus, während der bloße Gebrauch der Sache (z. B. bei Miete und Pacht) schon durch die Uebertragung des Besitzes ermöglicht wird.

Das Wesentliche ist, daß der Darlehnsnehmer die Verfügungsgewalt erhält, daß er also Eigentümer wird. Gleichgültig ist es aber, ob der Darlehnsnehmer das Eigentum nach § 929 S. 1 BGB. durch Einigung und Uebergabe erhält. Die Uebergabe kann daher auch durch brevi manu traditio ersetzt werden (§ 929 S. 2 BGB.). Ist jemand im Besitze von fremden vertretbaren Sachen, so kann durch eine einfache Vereinbarung mit dem Eigentümer ein Darlehen begründet werden. Die Vereinbarung enthält aber dann zwei Rechtsgeschäfte, die Einigung über den Uebergang des Eigentums und die Abrede, daß die Eigentumsübertragung zu Darlehnszwecken erfolgt. In dem Augenblick der Einigung geht das Eigentum über und damit entsteht das Darlehen.[68])

Es ist daher richtig, wenn von verschiedenen Seiten betont wird, daß bei der Darlehnsbegründung nach § 607 Abs. I BGB. die Hin-

---

64) Jung S. 486.
65) Martin S. 9.
66) Martin S. 11.
67) RG. 103/288; Oertmann Vorbem. 4 zu § 607; Staudinger-Kober § 607 I, 2 c.
68) Anders bei der Umwandlung eines Verwahrungsvertrages über vertretbare Sachen in ein depositum irregulare; hier geht das Eigentum erst mit der Aneignung, d. h. mit der Verfügung über die Sache über (700 Abs. I BGB.).

gabe der Valuta nicht in einer Handlung des Darlehnsgebers zu bestehen braucht,[69]) überhaupt eine tatsächliche Uebergabe nicht unbedingt erforderlich ist. Jhering[70]) hat dieses so formuliert, daß sich der Begriff der Vermögenszuwendung im neuen Recht praktisch von der sinnlichen Form des Gebens emanzipiert hat.

Eine andere Frage aber ist es, ob sich hierdurch das Darlehen des § 607 II erklären läßt. Manigk und Clausen[71]) betonen, daß es auf den Besitz ankommt. Manigk stellt dabei folgenden Grundsatz auf: Ueberall, wo in einem Rechtsgeschäftstatbestande neben der Willenserklärung ein corpus erfordert wird, braucht dieses nicht in einer zwischen den Parteien vorzunehmenden Handlung zu bestehen; es komme nur auf den Effekt, nämlich die Herstellung eines Besitzverhältnisses an und es sei gleichgültig, wodurch letzteres bewirkt werde.

Manigk geht dabei von folgendem Fall aus: A hat dem C Geld gestohlen und gibt es dem B, der kraft seines guten Glaubens Eigentümer wird. C vereinbart nun mit B, daß dieser ihm jene Summe als Darlehen schulden solle. Nach der Ansicht von Manigk entsteht hier ein Darlehen. Hiergegen bestehen jedoch Bedenken. B ist Besitzer und rechtmäßiger Eigentümer des Geldes (§ 935 BGB.). Daß dieses Geld früher dem C gestohlen worden ist, gibt weder dem Besitz noch dem Eigentum ein besonderes Charakteristikum. Es besteht keinerlei Besitzverhältnis zwischen B und C. Das gestohlene Geld ist Eigentum des B genau so wie jedes andere. Der Fall liegt also nicht anders, als wenn X, der im Besitze einer bestimmten Summe Bargeld ist, mit Y vereinbart, er wolle ihm dieses als Darlehen schulden. Dann ist es ausgeschlossen, daß hierdurch ein Darlehen entsteht. Abs. I des § 607 BGB. liegt nicht vor, weil B das Geld nicht von A zum Zwecke der Darlehnsbegründung zugunsten des C, sondern etwa zur Bezahlung einer eigenen Kaufpreisschuld empfangen hat. Wer bereits Eigentümer des Geldes ist, kann nicht bezüglich dieses Geldes Darlehnsnehmer werden, oder er müßte vorher den andern zum Eigentümer machen und dieser ihm das Geld zurückübertragen. Abs. II trifft nicht zu, da B dem C garnichts schuldet. Allerdings ist es auf einem Umwege möglich, daß B Darlehnsschuldner des C wird. Aber nur so, daß die beiden vorher eine Schuld begründen und diese nach Abs. II in ein Darlehen umwandeln. Eine Schuld kann aber selbständig nur als abstraktes Schuldversprechen in der erforderlichen Form begründet werden. Da keinerlei Schuldverhältnis zwischen B und C besteht, würde dies eine Schenkung sein und daher sogar der notariellen Form bedürfen. Das Beispiel von Manigk ist daher nicht geeignet, seine These zu stützen, es könne sich der Besitzer einer Geldsumme durch eine bloße Einigung zum Darlehnsschuldner machen. Manigk gibt auch selbst zu, daß hier weder Abs. I noch Abs. II des § 607 BGB.

[69]) Manigk, a.a.O., S. 194/95.
[70]) In JherJ. II, S. 138.
[71]) Manigk, S. 194/95; Clausen S. 39/40.

zutrifft; aber dennoch soll nach ihm ohne Zweifel auch diese Form des Darlehnsschlusses zulässig sein. Das dürfte nicht anzuerkennen sein; denn wenn der Fall nicht unter § 607 paßt, kann eben kein Darlehen entstehen. Weitere Entstehungsgründe für ein Darlehen kennt unser Gesetz nicht.

Die Tatsache des Besitzes vertretbarer Sachen kann demnach nicht die reale Grundlage des Darlehens sein. Nur soweit ist der Besitz für die Darlehnsbegründung von Bedeutung, als es sich um die erforderliche Eigentumsübertragung handelt. Dieses ist aber nur dann der Fall, wenn der Schuldner Besitzer und der andere Eigentümer ist. Dabei — insoweit ist Manigk Recht zu geben — ist es gleichgültig, wie die Sache in den Besitz des Schuldners gekommen ist, ob auf Grund eines vertraglichen Schuldverhältnisses oder so, daß ein gesetzliches Schuldverhältnis entstanden ist. Ausscheiden muß nur der Fall, daß der Schuldner zugleich Besitzer und Eigentümer geworden ist. Denn so lange der Schuldner die Sachen nur besitzt, ist es möglich, daß er sie im Sinne des § 607 Abs. I BGB. „empfängt" d. h. das Eigentum daran erwirbt. Der Eigentumserwerb ist das Wesentliche. Deswegen ist es auch gleichgültig, ob der Darlehnsnehmer das Eigentum von dem Darlehnsgeber oder von einem Dritten im Auftrage des Darlehnsgebers erhält, oder ob er schließlich kraft seines guten Glaubens Eigentümer wird.[72])

Hieraus erklärt sich auch die Möglichkeit und Zulässigkeit des contractus mohatreae und der Abtretung einer Forderung zwecks Darlehnsbegründung. Der Darlehnsgeber übergibt dem Darlehnssucher einen Gegenstand, damit dieser ihn veräußere und den Erlös als Darlehen behalte. Hier wird der Darlehnssucher nicht Eigentümer des Gegenstandes, sondern nur ermächtigt, den Verkauf in eigenem Namen aber für Rechnung des Darlehnsgebers zu tätigen. Das Darlehen entsteht mit der Empfangnahme des Kaufpreises durch den Darlehnssucher.[73]) Ebenso entsteht bei der Abtretung einer Forderung das Darlehen mit der Zahlung. Es ist daher unrichtig, wenn behauptet wird, es fehle in diesen Fällen an einem sinnlich wahrnehmbaren Akte.[74]) Diese Ansicht übersieht, daß eben eine Hingabe von seiten des Darlehnsgebers nicht erforderlich ist. Die empfangenen Sachen brauchen nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Darlehnsgebers herrühren, also bereits Gegenstand seines Vermögens gewesen sein. Es genügt, wenn der Darlehnsnehmer sie von einem Dritten für Rechnung des Darlehnsgebers erhält. Das Darlehen entsteht daher in diesen Fällen immer durch die Empfangnahme der Valuta durch den Darlehnsnehmer, nicht etwa dadurch, daß, nachdem der Darlehnsnehmer sie erhalten hat, der Darlehnsgeber ihm diese beläßt.[75])

---

[72]) Enneccerus-Lehmann § 139 II, 1; Oertmann Vorbem. 4 zu § 607.
[73]) Oertmann § 607 2 b; Staudinger-Kober § 607 II 3 a; Jung S. 894.
[74]) Pernau S. 40; Holbeck S. 50.
[75]) So Pernau S. 40.

Soweit eine Eigentumsübertragung erfolgt, liegt immer eine Darlehnsbegründung nach Abs. I vor. Bei der Darlehnsbegründung nach Abs. II aber kommt es auf das Schulden an. Schulden hat mit Besitz nichts zu tun. Der Verwahrer oder sonstige Besitzer ist zwar auch Schuldner, aber er schuldet die Rückgabe der übergebenen Sachen; nicht schuldet er die Sachen selbst. Von dem Verwahrer vertretbarer Sachen kann man daher nicht sagen, daß er diese schuldet. Den Anspruch des Hinterlegers auf die Rückgabe kann deshalb nicht nach § 607 Abs. II BGB. in ein Darlehen verwandelt werden. Ein Darlehen kann vielmehr hier — wie erwähnt — nur so entstehen, daß der Verwahrer zum Eigentümer der Sachen gemacht wird. Das ist aber ein Fall des Abs. I. Für den Begriff des Schuldens und damit für die Darlehnsbegründung nach Abs. II spielt das Besitzverhältnis keine Rolle. Es ist daher unrichtig, wenn Manigk[76]) behauptet, Abs. II denke vor allem an den praktisch wichtigen Fall, daß das Besitzverhältnis auf einem bereits vorhandenen Schuldverhältnis beruht. Hier kann vielmehr ein Darlehen nur nach Abs. I begründet werden. Ebenso ist es unrichtig, wenn Clausen[77]) aus dem Wortlaut des Abs. II folgern will, daß der Darlehnsnehmer Geld oder andere vertretbare Sachen im Besitz haben oder gehabt haben müsse, und es daher einen Augenblick gegeben haben müsse, in dem der Schuldner über die betreffenden Sachen eine tatsächliche Verfügungsgewalt gehabt habe, sei es auch vor dem Zeitpunkt, in dem er in Beziehungen zu dem Gläubiger getreten sei. Noch schärfer verlangt Crome,[78]) daß der Schuldner im Moment der Vereinbarung die geschuldeten Fungibilien wirklich besaß. Crome verweist dabei auf die brevi manu traditio. Hieraus ergibt sich, daß er das Schulden der Rückgabe mit dem Schulden der Sachen selbst verwechselt.

Als Ergebnis können wir sonach festhalten: Auf das Besitzverhältnis kommt es im Falle des Abs. II überhaupt nicht an. In den Fällen, in denen der Darlehnsschuldner Sachen auf Grund eines Schuldverhältnisses besitzt, entsteht ein Darlehen nur nach Abs. I.[79]) Die Versuche, die Darlehnsbegründung nach Abs. II mit Hilfe des Besitzes zu erklären, sind daher von vorneherein zum Scheitern verurteilt.

Wie bereits hervorgehoben, ist, wenn die Darlehnsbegründung durch Uebergabe der Sachen in Natur erfolgt, erforderlich, daß der Darlehnsnehmer Eigentümer wird. Dieses ist deshalb nötig, damit der Zweck des Darlehns erreicht wird, daß nämlich der Darlehnsschuldner die freie Verfügungsgewalt über die Darlehnssumme erhält. Daraus ergibt sich andererseits, daß es nicht unbedingt erforderlich ist, daß der Darlehnsnehmer das Eigentum an bestimmten Geldstücken erhält, nämlich dann nicht, wenn es möglich ist,

[76]) S. 194.
[77]) S. 248. Anm. 18.
[78]) S. 38/39.
[79]) A.A. Pernau, S. 42.

ihm in anderer Weise die rechtlich und tatsächlich unbehinderte Verfügungsgewalt über die Darlehnssumme zu verschaffen. Dieses ist der Fall, wenn etwa der Darlehnsgeber die Summe auf das Bankkonto des Darlehnsnehmers einzahlt, sodaß die Bank Eigentümerin der Geldstücke wird. So kann auch durch Gutschrift von Konto zu Konto ohne jede reale Hingabe ein Darlehn entstehen.[80]) Darin liegt keineswegs ein Widerspruch zu der Natur des Realvertrages Denn ein Realgeschäft erfordert nicht gerade Sachübergabe, sondern nur, daß eine Leistung schon erfolgt ist. Beim Konsensualvertrag genügt Einigung über Zweck und Leistung; der Realkontrakt verlangt weiter die Bewirkung einer Leistung.[81]) Weiter widerspricht diese Auffassung auch nicht dem Wortlaut des § 607 Abs. I BGB. Das Gesetz gebraucht den ganz allgemeinen Ausdruck „empfangen". Hieraus kann man nicht entnehmen, daß der Darlehnsschuldner das Geld in Bar erhalten haben muß. Eine solche Auffassung würde auch der modernen Geldwirtschaft, die in weitem Umfang auf bargeldlosem Verkehr eingestellt ist, unnötige Fesseln anlegen.

Ganz allgemein läßt sich daher sagen: Zur Darlehnsbegründung genügt es, daß der Wert der Darlehnssumme auf Kosten des Vermögens des Darlehnsgebers in das des Darlehnsnehmers überführt wird.[82])

Die Erklärung des Vereinbarungsdarlehens böte daher keine Schwierigkeiten, falls sich auch hier eine Wertübertragung feststellen läßt. Eine solche Wertzuwendung wollen manche darin sehen, daß der Schuldner durch Erlaß der Urforderung von seiner Schuld befreit und dadurch rückgabepflichtig wird.[83])

Gewiß ist die Schuldbefreiung eine reale Leistung. Der Erlaß bringt das Schuldverhältnis zum Erlöschen (§ 297 BGB.). Der Erlaß bereichert daher unmittelbar das Vermögen des Schuldners, da dieser von einer Verbindlichkeit befreit wird. Das Vermögen ist um den Wert der Forderung vermehrt. Der Erlaß kann daher auch eine Realschenkung darstellen.[84])

Man könnte daher denken, wie bei der Schenkung stehe auch bei der Darlehnsbegründung der Erlaß einer realen Leistung gleich. Dem ist aber zunächst entgegen zu halten, daß bei dem schenkungsweise erfolgten Erlaß der Schuldner nicht mehr Schuldner sein soll, die Schuld aufgehoben werden soll. Bei der Umwandlung dagegen soll der Schuldner weiter Schuldner bleiben, nur in anderer Art; es soll also garnicht ein Wert aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Schuldners überführt werden. So wird es schon an dem Willen der Parteien fehlen, die alte Schuld aufzuheben. Aber auch wenn man annehmen wollte, der Erlaßwille sei in dem Umwand-

---

80) Enneccerus-Lehmann § 139 II, 2 c; Oertmann § 607 2 d; Planck-Gunkel § 607, 5 d.

81) Kress S. 83/84; Enneccerus-Lehmann § 139 Anm. 6.

82) Enneccerus-Lehmann § 139 II 2; Staudinger-Kober § 607 I, 1.

83) Siber, Rechtszwang, S. 60, Grundriß S. 316/17; Oertmann § 607 2 b; Pernau S. 44.

84) RG. 53/296.

lungswillen enthalten, so kommt man nicht um die Schwierigkeit herum, daß jetzt eine Schuld nicht mehr besteht und daher eine neue begründet werden muß. Hierfür steht den Parteien nur der Weg offen, daß der Schuldner dem Gläubiger ein selbständiges Schuldversprechen erteilt.[85]) Dann müßte diese Schuld erst in ein Darlehen umgewandelt werden. Hier erhebt sich von neuem die Frage, wie das möglich ist. Der Weg mit Hilfe des Erlasses das Vereinbarungsdarlehen zu erklären, ist daher nicht gangbar.

Andere erklären, die Berichtigung der Valuta erfolge durch Aufrechnung mit einer bestehenden Forderung, und zwar mit der Forderung aus dem Darlehnsvorvertrage.[86]) Doch auch diese Konstruktion versagt. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß nach unserem Recht ein Darlehnsvorvertrag nicht erforderlich ist und gerade bei der Vereinbarung nach § 607 Abs. II regelmäßig nicht vorliegen wird. Sodann geht der Anspruch aus dem Darlehnsvorvertrage garnicht auf Zahlung einer Geldsumme, sondern auf Abschluß eines Darlehnsvertrages. Die Forderung des Empfängers aus dem Darlehnsvorvertrage ist deshalb nicht aufrechenbar gegen eine Geldforderung.[87]) Nur Leistungen die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, können gegeneinander aufgerechnet werden.

Nach Kohler[88]) erfolgt die Umwandlung in der Weise, daß der Schuldner kraft Anweisung des Gläubigers an sich selbst leistet und das Geleistete als Darlehen behält. Nun kann gewiß A dem B dadurch ein wirkliches Darlehen geben, daß sein Schuldner C auf seine, des A, Anweisung dem B die Summe auszahlt. Es liegt nun der Gedanke nahe, dies auch dann für möglich zu halten, wenn sich nur zwei Personen gegenüberstehen. Aber dadurch fällt ja gerade die wirkliche Leistung fort. Die Zahlung wäre nur eine Gedankenoperation, eine Fiktion. Im ersten Fall erhält der Darlehnsnehmer tatsächlich Geld, nicht aber im zweiten.[89])

Alle diese Konstruktionsversuche sind sonach unbefriedigend und unzulänglich. Sie kranken daran, daß sie krampfhaft nach einer „res" suchen. Sie folgern so: Das Darlehen ist ein Realvertrag, also muß auch im Falle des Abs. II, wenn ein wirkliches Darlehen vorliegen soll, eine Wertübertragung erfolgen. Die Erklärungsversuche wären begründet, wenn ein Darlehen nur dadurch entstehen könnte, daß der Darlehnsnehmer Geld empfängt. Das ist aber nicht der Fall. Das BGB. gewährt eben in dem Abs. II des § 607 noch eine weitere Möglichkeit der Darlehnsbegründung. Die meisten Schriftsteller tun so, als ob Abs. II überhaupt nicht bestände. Denn dann müßte man das Vereinbarungsdarlehen, falls man es für zulässig halten wollte, unter den Tatbestand des Abs. I zwängen, was, wie die Erklärungsversuche zeigen, nicht zu übersteigende Schwierigkeiten bereitet.

---

[85]) RG. 76/61.
[86]) Klemperer in GruchBeitr. 43/578; Kohler, Lehrb. Bd. II S. 339.
[87]) RG. 52/306.
[88]) Lehrb. Bd. II, S. 182.
[89]) Schoeninger S. 297/298.

Bei der Frage nach der rechtlichen Natur der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen haben wir daher von dem Tatbestand des Abs. II des § 607 BGB. auszugehen. Dieser verlangt

1) eine bestehende Schuld,

2) eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, daß diese Schuld als Darlehen geschuldet werden soll.

Stellt man dem das gewöhnliche Darlehen gegenüber, so erfordert dieses

1) die Hingabe der Darlehnsgegenstände,

2) die Einigung der Parteien, daß die Empfangnahme als Darlehen, d. h. mit der Verpflichtung zur Rückerstattung erfolgt.

Beiden Arten gemeinsam ist also die Vereinbarung über den Darlehnscharakter. Was dagegen bei dem Realdarlehen die Valuta ist, ist hier die bestehende Schuld. Wie die gewöhnliche Darlehnsbegründung die Hingabe der Valuta, so erfordert das Vereinbarungsdarlehen das Bestehen der Schuld.[90]) Die alte Schuld bildet — wie Kress[91]) sagt — die „reale Grundlage" des Darlehnsverhältnisses. Deswegen kann man aber noch nicht sagen, auch im Falle des Abs. II liege ein Realvertrag vor. Das Bestehen der Schuld ist hier nur eine tatsächliche Voraussetzung für die Entstehung des Darlehens. Ein Realvertrag liegt aber nur dann vor, wenn zu dem Tatbestand des Rechtsgeschäftes neben der Willenseinigung noch die Bewirkung einer Leistung gehört.[92]) Das Vereinbarungsdarlehen steht so in der Mitte zwischen den Realverträgen und den reinen Konsensualverträgen, zu deren Abschluß die Willenseinigung genügt.

Nach Kress[93]) unterscheidet sich das Vereinbarungsdarlehen von dem gewöhnlichen Darlehen dadurch, daß dem Schuldner der Wert schon überlassen ist. Es bedürfe nur noch der Vereinbarung, daß sich der Gläubiger verpflichtet, dem Schuldner den Gebrauch des Wertes zu belassen. In manchen Fällen mag die Schuld darauf beruhen, daß der Gläubiger dem Schuldner vorher einen Wert übertragen hat. Dieses ist aber nicht nötig, denn auch andere Schulden, wie z. B. die Schuld aus einer unerlaubten Handlung, können in ein Darlehen umgewandelt werden. Hier kann man von einer Wertüberlassung auch nicht im weitesten Sinne sprechen. In der bloßen Tatsache des Schuldens kann man keine Wertübertragung finden.[94])

Das Vereinbarungsdarlehen setzt das Bestehen der Schuld voraus. Die Forderung geht in das Darlehen ein. Das zugrundeliegende Schuldverhältnis, dem der Anspruch entspringt, z. B. der Kauf, bleibt bestehen. Das Schuldverhältnis selbst wird auch durch

---

90) Aehnlich Oertmann § 607 2 b, der allerdings mit dem Begriff des Erlasses operiert.

91) Kress, S. 155.

92) Kress S. 84.

93) S. 155 u. 212.

94) Pernau S. 45.

die Umwandlung nicht geändert, sondern nur eine einzelne daraus entspringende Forderung, hier die Kaufpreisforderung.[95]) Damit streift sie die Besonderheiten ab, die mit einem Darlehen nicht vereinbar sind und nimmt dafür die Charakteristika des Darlehens an.[96]) Es handelt sich um eine organische Weiterentwicklung der bestehenbleibenden Forderung, nicht um eine Aufhebung und Neubegründung, wie allgemein angenommen wird. Es muß zu der bestehenden Schuld noch etwas hinzukommen, damit ein Darlehen entsteht, nämlich die Vereinbarung über den Darlehnscharakter. Der Inhalt der Schuld bleibt derselbe; er geht nach wie vor auf eine bestimmte Summe Geldes oder vertretbarer Sachen. Nur die Art, wie das Geld geschuldet wird, hat sich verändert.

Wird aus der Schuld durch die Umwandlung eine Darlehnsschuld, so wird sie damit nicht völlig von dem Grundverhältnis losgelöst. Der Schuldner will nur das, was er aus dem alten Schuldverhältnis wirklich schuldet als Darlehen schulden, aber nicht mehr. Daraus ergibt sich, daß die Höhe der Darlehnsschuld von der wirklichen Höhe der umgewandelten Forderung abhängt. Dieses nicht nur so, daß das Darlehen nur in Höhe der zur Zeit der Vereinbarung bestehenden Schuld begründet werden kann, sondern auch weiterhin bleibt das Darlehen mit der alten Schuld verknüpft, da sie weiterhin in dem Grundgeschäft ihre Existenzgrundlage hat. Bei der Darlehnsumwandlung geht somit der alte Schuldgrund mit in den neuen Schuldgrund des Darlehens ein. Die Summe wird zwar nicht als Kaufpreisforderung geschuldet, aber als Darlehen wird die Kaufpreissumme geschuldet. Die Vorstellung, daß hier der eine Schuldgrund vollständig durch den anderen ersetzt wird, und daß durch die Umwandlung das Geschuldete einen neuen Schuldgrund erhalten habe, mit welchem die Fortdauer des alten nicht vereinbar sei,[97]) ist daher unzutreffend. Dieses wäre nur der Fall, wenn das zugrundeliegende Schuldverhältnis durch die Umwandlung aufgehoben würde. Der rechtliche Grund, weshalb der Schuldner etwas schuldet, ergibt sich aus dem Grundgeschäft. Dieses ist der eigentliche Schuldgrund, der auch nach der Umwandlung bestehen bleibt. Wenn man nach der Umwandlung als Schuldgrund das Darlehen bezeichnet, so kann das nur in dem Sinne geschehen, daß dadurch der rechtliche Charakter der Schuld gekennzeichnet werden soll.

So besteht eine starke Abhängigkeit der Darlehnsschuld von dem Grundverhältnis; ein Beweis, daß es sich nicht um ein selbständiges Schuldversprechen handeln kann. Daraus ergibt sich weiter, daß die Umwandlung formlos geschehen kann. Diese Abhängigkeit können die Parteien lösen, aber nicht auf dem Wege des § 607 Abs. II BGB., dazu bedarf es eines abstrakten Schuldversprechens, das allerdings gleichzeitig mit der Umwandlung in ein Darlehen verbunden werden kann.

---

[95]) Kress S. 155.
[96]) Klein S. 13; Krückmann S. 333.
[97]) RG. 62/52.

II. Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Umwandlung.

Wir haben den Satz aufgestellt: Wie das gewöhnliche Darlehen die Hingabe der Valuta, so erfordert das Vereinbarungsdarlehen das Bestehen der Schuld. Nur eine wirksame Schuld kann umgewandelt werden. Es fragt sich nun, wie diese Forderung im einzelnen beschaffen sein muß, damit sie umgewandelt werden kann und welche Eigenschaften etwa eine Umwandlung ausschließen. Die Motive[1]) erklären hierzu nur, daß die Vorschrift die „einwandfreie Verbindlichkeit der bisherigen Schuld" voraussetzt. Damit ist jedoch wenig gesagt, denn die Frage ist, wann eine solche einwandfreie Verbindlichkeit vorliegt.

Die Umwandlung setzt also eine wirklich bestehende Schuld voraus. Soweit die vorausgesetzte frühere Schuld nicht bestand, ist kein Darlehen zustande gekommen.[2]) Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig (§§ 134 u. 138). Sie äußern keinerlei rechtliche Wirkung und können daher auch nicht die Grundlage für eine Umwandlung bilden. Ebenso eine Schuld, die durch Erlaßvertrag oder sonstwie erloschen ist. Diese kann nur durch Neubegründung wieder erstehen, was aber nicht durch die formlose Vereinbarung nach § 607 Abs. 2, sondern nur in der Form eines abstrakten Schuldversprechens möglich ist.[3])

Eine Forderung, die auf einem anfechtbaren Rechtsgeschäft beruht, ist, so lange die Anfechtung nicht erklärt ist, gültig. Ihr Weiterbestehen hängt allerdings davon ab, daß die Anfechtung nicht erfolgt. Aehnlich ist es bei einem auflösend bedingten Rechtsgeschäft und einem solchen, dem ein Endtermin beigefügt ist. Diese sind, so lange die Bedingung oder der Endtermin noch nicht eingetreten ist, vollwirksam; ungewiß ist nur die Beständigkeit. Da zunächst eine gültige Schuld gegeben ist, bestehen keine Bedenken, eine Umwandlung zuzulassen.

Zweifelhaft ist es bei den aufschiebend bedingten Forderungen. Hier ist es einstweilen in der Schwebe, ob die Rechtswirkung eintritt. So lange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, ist die gewollte Wirkung nicht entstanden, wenn auch das Rechtsgeschäft als solches bereits bindend ist. Doch hat der Gläubiger eine gesicherte Aussicht, eine Anwartschaft, bei Eintritt der Bedingung die Forderung zu erwerben. Diese Anwartschaft wird vom Gesetz wie

[1]) Mot. Bd. II S. 312.
[2]) RG. 62/52.
[3]) RG. 76/60.

ein Recht behandelt und ist deshalb als Recht anzusehen.[4]) So hat, wenn während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht von dem andern Teil schuldhaft vereitelt oder beeinträchtigt wird, der bedingt Berechtigte bei Eintritt der Bedingung einen Entschädigungsanspruch (§ 160 Abs. 1). Der Schuldner kann durch eine Verfügung den Erwerb des bedingt Berechtigten nicht beeinträchtigen (§ 161 BGB.). Auch ist die Anwartschaft veräußerlich und vererblich. Die Anwartschaft kann jedoch nicht in ein Darlehen umgewandelt werden.[5]) Zunächst richtet sie sich nicht auf Geld oder andere vertretbare Sachen. Sie ist ein Recht auf die (bedingte) Forderung, nämlich darauf, daß der Gläubiger die bei Eintritt der Bedingung entstehende Forderung erwirbt. Bei Eintritt der Bedingung entsteht die gewollte Rechtswirkung ohne rückwirkende Kraft. Und erst mit der Forderung entsteht die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung. Vorher ist es durchaus ungewiß, ob er jemals Schuldner wird.[6]) Bis dahin besteht lediglich die allgemeine Verpflichtung, die Verwirklichung der künftigen Leistungspflicht nicht unmöglich zu machen. Für die bedingte Forderung kann zwar eine Bürgschaft übernommen, (§ 765 Abs. 2 BGB.), eine Hypothek (§ 1113 Abs. 2 BGB.) und ein Pfandrecht (§ 1204 Abs. 2 BGB.) bestellt werden. Aber daraus läßt sich noch nicht ohne weiteres schließen,[7]) daß eine bedingte Forderung schon eine wirkliche Schuld ist. Denn auch für künftige Forderungen, bei denen man doch sicher nicht von einer gegenwärtigen Schuld reden kann, können Sicherheiten bestellt werden .

Eine bedingte Forderung kann daher nicht so umgewandelt werden, daß im Augenblick der Abrede ein Darlehen entsteht. Wohl aber ist es möglich, daß ich schon jetzt eine Vereinbarung treffe, daß die Forderung mit Eintritt der Bedingung in ein Darlehen umgewandelt werden soll. Die Zinsen sind also bei der Umwandlung aufschiebend bedingter Forderungen nicht von dem Zeitpunkte der Vereinbarung, sondern erst von dem Zeitpunkt an zu zahlen, in dem die Bedingung eintritt. Dementsprechend laufen auch die Kündigungsfristen.

Gilt dieses auch für Forderungen, deren Rechtswirkung an einem zukünftigen Zeitpunkt angeknüpft ist (befristet oder betagte Forderungen)? Das Gesetz unterstellt die befristeten Forderungen den gleichen Vorschriften wie die aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte. Danach könnte man der Ansicht sein, die beiden Fälle lägen völlig gleich. Jedoch ergeben sich daraus Abweichungen, daß das bedingte Rechtsgeschäft von einem u n g e w i s s e n zukünftigen Ereignis abhängt, während das befristete an einem b e s t i m m t e n zukünftigen Zeitpunkt anknüpft. Ob die Bedingung eintritt, ist zweifelhaft, der Ablauf der Frist dagegen gewiß. Deshalb kann eine

---

[4]) Enneccerus-Nipperdey § 185 I, 1.
[5]) A.A. Pernau S. 52/53.
[6]) A.A. Pernau, S. 53; Holbeck, S. 58.
[7]) Wie Pernau und Holbeck a.a.O. es tuen, die Anwartschaft und bedingte Forderung gleichsetzen.

betagte Forderungen auch vor Ablauf der Frist mit sofortiger Wirkung gezahlt und erlassen werden. Der Gläubiger muß bei Vermeidung des Verzuges auch eine vorzeitige Zahlung annehmen (§ 271 Abs. 2 BGB.). Der Schuldner kann das vor Eintritt des Anfangstermins Geleistete nicht zurückfordern (§ 813 Abs. 2 BGB.). Ein Schuldner, der am 1. Januar zu zahlen hat, ist schon jetzt Schuldner. Der Gläubiger hat ein gegenwärtiges Recht auf Zahlung im Zeitpunkt des Termins. Die Befristung ist daher keine Existenzbedingung, sondern eine Modifikation des Inhaltes der Forderung.[8]) Die Schuld ist eine schon bestehende, nur noch nicht fällige.[9]) Demnach kann eine von einem Anfangstermin abhängige Forderung mit sofortiger Wirkung in ein Darlehen verwandelt werden. Doch wird man im Allgemeinen annehmen müssen, daß die Verpflichtung zur Zinszahlung erst mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit der ursprünglichen Forderung laufen soll.

Wie aber steht es mit der Umwandlung einer wirklich künftigen Forderung? Diese ist ebenso zu behandeln wie eine aufschiebend bedingte Forderung. Von dieser unterscheidet sie sich dadurch, daß hier der Entstehungstatbestand bis auf die Bedingung bereits vorliegt, während bei der künftigen Forderung der Entstehungstatbestand erst noch geschaffen werden muß. Voraussetzung für die Umwandlung ist nur, daß die umzuwandelnde Forderung genügend bestimmt oder doch bestimmbar ist. Insoweit wird man die gleichen Grundsätze anzuwenden haben, wie bei der Abtretung künftiger Forderungen. Der Tatbestand des § 607 Abs. 2 BGB. ist aber erst dann erfüllt, wenn die Forderung entstanden ist. Erst in diesem Zeitpunkt entsteht das Darlehen.

Bestritten ist die Frage, ob und inwieweit natürliche oder unvollkommene Verbindlichkeiten umgewandelt werden können und ob dadurch eine vollgültige Darlehnsschuld entsteht. Eine natürliche Verbindlichkeit „kann weder eingeklagt noch in sonstiger Weise geltend gemacht werden" (§ 31 Gaststätten-Gesetz). Im übrigen sind die natürlichen Forderungen im Gesetz nicht einheitlich geregelt. Es gibt solche von stärkerer und schwächerer Wirkung.

Eine Gruppe gleichartiger Naturalobligationen bilden die Forderungen auf Zahlung des Ehemäklerlohnes (§ 656 BGB.), aus Spiel und Wette (§ 762 BGB.) und aus den Differenzgeschäften (§ 764 BGB.). Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird in diesen Fällen „eine Verbindlichkeit nicht begründet". Daraus könnte man auf den ersten Blick schließen, daß überhaupt keine Forderung besteht. Dagegen spricht jedoch, daß eine Leistung, die daraufhin erfolgt ist, nicht zurückgefordert werden kann. Dieses läßt sich nur so erklären, daß die Zahlung auf einen schuldrechtlichen Grund hin geschah und daher nicht wegen Mangel des rechtlichen Grundes zurückgefordert werden kann.[10]) Es besteht also eine Schuld, wenn auch keine

---

[8]) Enneccerus-Nipperdey § 186 II.

[9]) Jung, S. 655.

[10]) Jung, S. 685; Oertmann Vorbem. 1 zu § 762; A.A. Enneccerus-Lehmann § 3, 4 b.

zwangsweise Erfüllung möglich ist. Das Gesetz hält dieser Art Schulden nicht für unsittlich, andererseits haben solche Geschäfte auch keinen ernstlichen sittlichen und wirtschaftlichen Zweck, und deshalb versagt das Gesetz diesen Forderungen den prozessualen Schutz. Man muß daher annehmen, daß in diesen Fällen eine klaglose Verbindlichkeit entsteht. Besteht aber eine, wenn auch schwache Schuld, so kann sie in ein Darlehen umgewandelt werden.[11])

Eine andere Frage ist es, ob dieses Darlehen klagbar ist. Das dürfte zu verneinen sein. Nach dem Gesetz ist es zwar auch möglich, zum Zwecke der Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit eine abstrakte Schuld zu begründen. Für diese gelten aber, auch wenn sie an Erfüllungsstatt gegeben sind, die gleichen Vorschriften wie für die zugrundeliegende Schuld (§§ 656 Abs. 2, 762 Abs. 2 BGB.), sie sind also ebenfalls klaglos. Die Mangelhaftigkeit des Schuldgrundes wirkt hier unmittelbar auf das abstrakte Schuldversprechen ein. Das Gesetz will, daß auch nicht auf Umwegen ein rechtlicher Zwang zur Erfüllung solcher Geschäfte ausgeübt wird. Deswegen wird man erst recht nicht annehmen können, daß durch eine bloße Umwandlung eine klagbare Forderung entsteht.[12])

Eine kraft Gesetzes bestehende Klaglosigkeit kann nicht durch eine Parteivereinbarung beseitigt werden. Denn dadurch würde der Zweck des Gesetzes, das eben nur eine freiwillige Erfüllung zulassen will, vereitelt. Man wird hieraus allgemein die Schlußfolgerung ziehen können, daß der Gläubiger durch die Umwandlung nicht mehr erhalten kann, als er hatte, also auch nicht statt einer klaglosen eine klagbare Forderung.[13])

Zu einem anderen Ergebnis müssen folgerichtig jene kommen, die die Entstehung des Vereinbarungsdarlehens durch die Fiktion der Doppelzahlung erklären wollen. Denn danach ist die ursprüngliche Schuld als erloschen anzusehen und das Darlehen steht mit dem Grundgeschäft in keinerlei rechtlichem Zusammenhang. Der Darlehnsgeber hat nur zufällig das Geld, das er von seinem Schuldner erhalten hat, diesem wieder als Darlehen gegeben. Dieses Darlehen kann daher — wenn man sich der Theorie der fingierten Doppelzahlung anschließt — nicht anders behandelt werden, als wenn der Darlehnsgläubiger das Geld von seinem Spielgegner erhalten und es einem Dritten als Darlehen gegeben hätte. So nimmt in der Tat Klemperer[14]) an, daß der Schuldner nicht geltend machen könne, die ursprüngliche Schuld sei eine Spielschuld. Demgegenüber weist allerdings Rümelin[15]) daraufhin, daß durch die Annahme der duplex nummeratio niemals der gesetzgeberische Zweck der entsprechenden Bestimmungen vereitelt werden dürfe.

Der Zwangsvergleich im Konkurs- und im Vergleichsverfahren läßt nach allgemeiner Ansicht den erlassenen Teil der Forderung

[11]) A.A. Siber, Rechtszwang, S. 60; RG. JW. 1902/369 Nr. 34; RG. Warn. 1918 Nr. 177.
[12]) Staudinger-Kober § 607 VII c.
[13]) Pernau S. 52.
[14]) In GruchBeitr. Bd. 43, S. 578.
[15]) Rümelin, ArchzivPr. Bd. 97, S. 256/57.

als natürliche Verbindlichkeit bestehen, was sich insbesondere daraus ergibt, daß die Sicherungsrechte bestehen bleiben (§ 193 S. 2 KO.). Hier bestehen umso weniger Bedenken eine Umwandlung zuzulassen, als es sich nicht, wie bei den Forderungen aus Spiel usw., um Ansprüche aus Rechtsgeschäften handelt, die das Gesetz mehr oder weniger mißbilligt.

Nach § 814 BGB. kann die irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld nicht zurückgefordert werden, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandspflicht entsprach. Hier besteht überhaupt keine rechtliche Verpflichtung zur Leistung, sondern wie das Gesetz betont, eben nur eine sittliche und Anstandspflicht. Diese stellen einen bloßen Erwerbsgrund (causa acquirendi) dar, der lediglich die Rückforderung ausschließt, aber keinerlei Verpflichtung zur Leistung begründet. Deshalb ist eine umwandelbare Schuld nicht vorhanden.

Zu den Naturalobligationen werden mitunter auch die verjährten Forderungen gerechnet. Doch unterscheiden sie sich von den anderen natürlichen Verbindlichkeiten wesentlich dadurch, daß sie klagbar sind. Die Verjährung gibt dem Schuldner nur das Recht, die Leistung zu verweigern. Es steht in seinem Belieben, ob er von dieser Befugnis Gebrauch machen will. Er muß sich dann ausdrücklich auf die Verjährung berufen, damit sie vom Richter berücksichtigt wird. Tut er dieses nicht, so wird er zur Leistung verurteilt. Die bewirkte Leistung kann nicht als ohne Rechtsgrund erfolgt, zurückgefordert werden (§ 222 Abs. 2 S. 1 BGB.). Schuld und Klagerecht bleiben trotz Verjährung bestehen. Es besteht daher kein Bedenken, die Umwandlung einer verjährten Forderung in ein Darlehen zuzulassen.

Wenn auch im allgemeinen jede bestehende Schuld in ein Darlehen umgewandelt werden kann, so ist die Umwandlung doch dann ausgeschlossen, wenn diese mit dem bisherigen Charakter der noch weiterbestehenden Schuld nicht vereinbar ist. Deshalb kann der Anteil an einem Beteiligungsverhältnis z. B. an einer Gesellschaft nicht in ein Darlehen verwandelt werden.[16]) Es fehlt hier an einer bestimmten Höhe des Darlehens. Das Darlehen ist nur als eine konstante Größe denkbar, während die Höhe an einem Beteiligungsverhältnis schwankt. Auch würden durch eine Umwandlung die besonderen sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter verwischt. Deshalb kann auch andererseits nicht die Forderung der Gesellschaft gegen den Gesellschafter in ein Darlehen umgewandelt werden. Denn wann und wie die Einlage des Gesellschafters zu leisten ist, ergibt sich aus dem Gesellschaftsverhältnis, das die Beteiligten im Interesse der Gesellschaftsgläubiger nicht beliebig ändern können. So ist z. B. in § 19 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz es ausdrücklich verboten, die Stammeinlage zu stunden. Mit der Umwandlung wäre aber regelmäßig eine Stundung verbunden. Diese Gründe, die eine Umwandlung ausschließen, fallen weg, wenn

---

[16]) Pantle S. 36; Hachenburg in LZ. 1909 S. 265.

die Gesellschaft liquidiert ist. Hier kann der Auseinandersetzungsanspruch umgewandelt werden.[17])

Das zweite Tatbestandserfordernis des Abs. 2 des § 607 BGB. ist die Vereinbarung des Gläubigers und Schuldners, daß das aus einem anderen Grunde Geschuldete als Darlehen geschuldet werden soll. Der Wille der Parteien muß dahingehen, ein Darlehen zu begründen. Des Wortes „Darlehen" brauchen sie sich nicht gerade zu bedienen. Häufig werden sie davon sprechen, „das Geld stehen zu lassen" oder „das Geld schuldig zu bleiben". Umgekehrt kann auch das Wort Darlehen gebraucht sein, ohne daß eine Umwandlung im Sinne des § 607 Abs. 2 BGB. vorliegt. Man wird einen auf einen bestimmten Rechtserfolg abgestellten Willen der Parteien nur selten deutlich erklärt finden. Man wird vielmehr im allgemeinen darauf angewiesen sein, den Willen der Parteien aus dem Gesamtinhalt der Abmachungen und aus den Umständen zu erschließen. Hierbei ist vor allem der wirtschaftliche Zweck der Umwandlung zu berücksichtigen. Der Hauptzweck des Darlehens ist für den Darlehnsgeber der Kapitalanlagezweck.[18]) Dabei wird man den Begriff der Vermögensanlage, wie er vom Reichsgericht für das Aufwertungsrecht herausgebildet worden ist, verwerten können. Danach ist eine Vermögensanlage eine auf gewisse Dauer berechnete zum Zwecke der Erhaltung und Nutzung des Kapitals erfolgende Verwendung von Vermögensstücken.[19]) Hiernach wird man auch zu unterscheiden haben, ob eine Umwandlung in ein Darlehen oder eine bloße Inhaltsänderung vorliegt. So wird eine kurzfristige zinslose Stundung einer Schuld der Forderung nicht den Charakter einer Kapitalanlage geben.

Man kann es nicht von dem Willen der Parteien abhängen lassen, ob eine Umwandlung oder eine Inhaltsänderung vorliegt.[20]) Ob sich die Rechtsnatur geändert hat, ist eine juristische Frage und auf Grund der Vereinbarung der Parteien zu entscheiden. Die Aenderung der Rechtsnatur vollzieht sich unabhängig vom Willen der Parteien und ist nur eine Folge ihrer Abmachungen. Deswegen brauchen die Parteien auch nicht an eine Aenderung der Rechtsnatur der Forderung gedacht haben.[21]) Erst recht ist es verfehlt, wenn das Reichsgericht verschiedentlich behauptet,[22]) daß eine Vereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. nicht genüge, um einem Anspruch seinen ursprünglichen Rechtscharakter zu nehmen, es müsse außerdem verlangt werden, daß die Parteien beabsichtigten, das alte Schuldverhältnis völlig zu beseitigen und durch ein neues zu ersetzen. Hierdurch würde im § 607 Abs. II BGB. ein Tatbestandserfordernis hereingetragen, daß er nicht enthält.

---

[17]) Vgl. RG. 113/205.
[18]) Pantle S. 37.
[19]) RG. 113/204,5; RG. JW. 1925/936.
[20]) So Enneccerus-Lehmann § 139 III.
[21]) RG. 113/204.
[22]) RG. 113/205; RG. JW. 1928/56; A.A. RG. 119/24.

III. Abschnitt.

Die Wirkungen der Umwandlung.

1. Die Wirkungen im Allgemeinen.

Die Bedeutung der verschiedenen Ansichten über die rechtliche Natur der Umwandlung zeigt sich vor allem, wenn man die Wirkungen der Umwandlung näher prüft. Allgemein ist zunächst zu sagen: Da durch die Umwandlung eine Darlehnsforderung entsteht, finden auf diese die Vorschriften der §§ 607—610 BGB. Anwendung. Die Zinsen sind also im Zweifel jährlich zu zahlen, und die Fälligkeit hängt von der rechtzeitigen Kündigung ab. Hier sind keine Besonderheiten zu vermerken.

Eine andere Frage ist es, inwieweit Mängel der alten Schuld der neuen Darlehnsforderung gegenüber geltend gemacht werden können. Wie bereits erörtert, führt das Darlehen nicht wie die abstrakte Schuld ein selbständiges Dasein, sondern lebt und stirbt mit der alten Schuld.[1]) Geht daher aus irgend einem Grunde die Urforderung unter, so erlischt damit das Darlehen. So z. B. wenn bei einem Kauf dem Verkäufer ohne sein Verschulden die Leistung unmöglich wird; damit verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323 Abs. 1 BGB.) und hiermit geht auch das Darlehen unter, da ihm seine Grundlage entzogen wird.[2])

Ficht ein Teil das Grundgeschäft an, so ist dieses als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB.). Damit stellt sich nachträglich heraus, daß eine Schuld nicht bestand, es also an einer wesentlichen Voraussetzung der Umwandlung mangelte. Ein Darlehen ist daher nicht entstanden. Die Sache liegt hier ähnlich, wie wenn jemand einem anderen zu Darlehnszwecken bares Geld übereignet, dann aber die Uebereignung anficht. Auch hier ist, obwohl der Empfänger zunächst Eigentümer war, ein Darlehen nicht Zustande gekommen.

Die Anfechtung ist dann ausgeschlossen, wenn in der Umwandlung eine Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes liegt (§ 144 Abs. 1 BGB.). Bestätigung ist die Erklärung, das Geschäft trotz der Anfechtbarkeit gelten zu lassen, also auf das Recht der Anfechtung zu verzichten.[3]) Sie setzt mithin das Bewußtsein voraus, daß ein Anfechtungsrecht besteht oder doch möglicherweise besteht. Ist dieses der Fall, dann wird in der Vereinbarung über die Umwandlung ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht zu erblicken sein.

---

[1]) Pernau S. 61.
[2]) Kress S. 155 Anm. 25.
[3]) Enneccerus-Nipperdey § 190 III, 6.

War dagegen dem Berechtigten die Anfechtungsmöglichkeit bei Abschluß des Umwandlungsvertrages nicht bekannt, sondern hat er erst später davon erfahren, so kann er sich trotzdem auf die Anfechtbarkeit berufen. Denn es ist grundsätzlich davon auszugehen, daß alle Mängel der bisherigen Schuld geltend gemacht werden können, soweit in der Umwandlung nicht ein Verzicht darauf enthalten ist oder die Geltendmachung der besonderen Natur des Darlehens widerspricht. Immer ist in jedem einzelnen Falle festzustellen, ob durch die Umwandlung eine Aenderung eingetreten ist. Denn da die Forderung, wenn auch rechtlich anders charakterisiert, fortbesteht, muß jede Veränderung nachgewiesen werden. Wollte man dagegen die Umwandlung als Novation mit der Wirkung auffassen, daß nicht mehr auf das alte Schuldverhältnis zurückgegriffen werden kann, so wäre in jedem Fall eine Anfechtung ausgeschlossen.

Wird der Umwandlungsvertrag angefochten, so ist kein Darlehen entstanden. Es hat sich überhaupt nichts verändert. Die alte Schuld bleibt weiter als reine Kaufpreisforderung usw. bestehen.

Häufig wird es vorkommen, daß eine Umwandlung dann vereinbart wird, wenn sich der Schuldner mit seiner Leistung bereits im Verzuge befindet. Dann wird durch die Umwandlung der Verzug beendet, denn sie enthält immer ein Hinausschieben der Fälligkeit. Das Darlehen wird erst nach der vereinbarten oder gesetzmäßigen Kündigungsfrist fällig. Die strenge Haftung des Schuldners und die Verzugszinsen hören auf. Ob auch die bereits eingetretenen Folgen erlassen werden sollen, ist Auslegungsfrage, aber ohne weiteres nicht zu vermuten.

Bezüglich der Verjährung sei hier folgendes bemerkt:

Der Schuldner, der mit seinem Gläubiger eine Umwandlung vereinbart, erkennt damit an, dem Gläubiger den Betrag zu schulden. Demgemäß enthält jede Abrede nach § 607 Abs. 2 BGB. ein Anerkenntnis, daß nach § 208 BGB. die laufende Verjährung unterbricht. Ein abstraktes Schuldanerkenntnis erfordert § 208 BGB. nicht, sondern es genügt jedes Verhalten, aus dem sich ergibt, daß sich der Schuldner seiner Verpflichtung bewußt ist.[4]) Dieses ergibt sich vor allem daraus, daß auch Abschlags- und Zinszahlungen die Unterbrechung herbeiführen. Jede Umwandlung bewirkt also eine Unterbrechung der Verjährung. Es beginnt eine neue Verjährungsfrist zu laufen, im allgemeinen eine von der gleichen Zeitdauer wie die unterbrochene, also bei einer Kaufschuld von neuem die zweijährige Frist. Nun ist aber durch die Umwandlung ein Darlehen entstanden, auf das in jeder Beziehung die Darlehnsgrundsätze Anwendung finden. Es beginnt daher nicht die alte Verjährungsfrist von neuem zu laufen, sondern die für die Darlehnsforderung geltende Frist von 30 Jahren.

Nach § 225 BGB. kann die Verjährung durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch verlängert werden. Diese Vorschrift ist zwingender Natur. Man könnte daher der Ansicht sein, auch durch

[4]) Enneccerus-Nipperdey § 216 A.

die Umwandlung könne die Verjährungsfrist nicht verlängert werden. Unter das Verbot des § 225 BGB. fallen aber nur solche Abmachungen, die unmittelbar auf eine Erschwerung der Verjährung gerichtet sind, nicht aber solche, die nur mittelbar eine Verlängerung der Verjährungsfrist zur Folge haben.[5]) Die Umwandlung hat aber nicht die Verlängerung der Verjährung zum Gegenstande, sondern ist auf Schaffung eines Darlehens gerichtet. Die Verlängerung der Verjährungsfrist ist nur eine weitere sich aus dem Gesetz ergebende Folge davon, daß ein Darlehen entsteht.[6])

Diejenigen, die in der Umwandlung lediglich eine Inhaltsänderung sehen, müssen notwendig dazu kommen, daß die Verjährung der ursprünglichen Forderung von Neuem in Lauf gesetzt wird.[7]) Denn bleibt die alte Schuld weiterhin etwa Kaufpreisforderung, so wäre auch die entsprechende Verjährungsfrist maßgebend. Dann wäre aber dem Gläubiger mit der Umwandlung wenig gedient. Die Umwandlung erfolgt gewöhnlich zu dem Zwecke, das Geld längere Zeit zu stunden. Würde trotz der Umwandlung die Kaufpreisforderung weiter in zwei Jahren verjähren, so würde sich der Gläubiger der Gefahr aussetzen, daß der Schuldner nach zwei Jahren die Rückerstattung der Summe unter Berufung auf die Verjährung, verweigerte. Dem Zwecke der Umwandlung und dem Interesse des Gläubigers entspricht es daher nur, die für die Darlehnsschuld geltende Verjährungsfrist von 30 Jahren anzuwenden. Dies ist aber nur möglich, wenn man annimmt, daß die Umwandlung keine bloße Inhaltsänderung ist, sondern daß ein wirkliches Darlehen entsteht.

2. Die Wirkungen auf Einreden.

Ob und in welcher Höhe das Darlehen besteht, ist nach dem Grundverhältnis zu beurteilen. Deshalb können alle Einwendungen, die den Bestand und die Höhe der Urforderung betreffend auch gegenüber dem Darlehen geltend gemacht werden, gleichgültig, ob sie vor oder nach der Umwandlung entstanden sind. Dieses gilt sowohl für die rechtshindernden Einwendungen, sodaß ein Anspruch überhaupt nicht entstanden ist, wie für die rechtsvernichtenden Einwendungen, die ergeben, daß der entstandene Anspruch wieder untergegangen ist. Soweit die Einwendungen bereits bei der Vereinbarung über die Umwandlung gegeben waren, ist ein Darlehen überhaupt nicht entstanden, da es an dem Bestehen der Forderung fehlte.

Nicht so klar ist es bei den Einreden im engeren Sinne. Die Einreden gewähren dem Schuldner nur das Recht, die Erfüllung des Anspruchs zu verweigern. Er muß sich auf sie berufen und ihre Voraussetzungen nötigenfalls auch beweisen, damit sie vom Richter berücksichtigt werden. Dabei sind zwei Arten von Ein-

[5]) RG. Warn. 1908 Nr. 53; 1911 Nr. 259.
[6]) OLG. Kiel 35/321.
[7]) Staudinger-Riezler § 196 A. 5.

reden zu unterscheiden, die aufschiebenden (dilatorischen) und die ausschließenden (peremptorischen) oder Dauereinreden. Die ersteren stehen dem Anspruch nur zeitweilig, verzögerlich entgegen, die letzteren schließen die Geltendmachung des Anspruchs für immer aus.

Die Einreden gehen insoweit unter als sie mit dem Darlehnscharakter der Forderung nicht vereinbar sind. Das Darlehen ist eine streng einseitige Verpflichtung. Nur der Darlehnsgeber erwirbt eine Forderung und zwar auf Rückerstattung der Valuta. Der Darlehnsnehmer wird nur verpflichtet. Wird daher eine Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage in ein Darlehen umgewandelt, so muß sie notwendigerweise die Eigenschaften verlieren, die ihr deshalb anhaften, weil sie von einer Gegenleistung abhängt. Bei einem gegenseitigen Vertrage ist jeder Teil zu leisten verpflichtet und von dem andern Teil zu fordern berechtigt. Diese Verpflichtungen stehen in einer gegenseitigen Abhängigkeit. Diese zeigt sich vor allem darin, daß jeder Teil seine fällige Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann.[8]) Wird nun eine Forderung durch die Umwandlung in ein Darlehen verwandelt, so wird sie damit aus dem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis herausgelöst. Deshalb kann die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht mehr vorgebracht werden.[9]) Der Untergang der Einrede des nichterfüllten Vertrages erfolgt notwendig aus dem Wesen des Darlehns. Es ist daher nicht nötig, einen besonderen Verzicht auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages anzunehmen.[10])

In zeitlicher Beziehung ist das Darlehen nach den neuen Vereinbarungen, in Ermangelung solcher nach § 609 BGB. zu beurteilen. Dadurch wird die Fälligkeit der Leistung neu geregelt. Daraus ergibt sich, daß eine etwa vorher bestehende Stundungsabrede hierdurch ersetzt wird. - Allgemein wird nun angenommen, daß durch die Umwandlung sämtliche dilatorischen Einreden aus dem Grundverhältnis untergehen.[11]) Das wird man aber nicht behaupten können. So kann ohne Zweifel der Darlehnsschuldner unter Umständen ein Zurückbehaltungsrecht aus dem Grundverhältnis geltend machen; etwa dann, wenn er dem Gläubiger über die zugrundeliegende Schuld eine Urkunde ausgestellt hat, an deren Wiedererlangung er ein Interesse hat. Dann kann er die Zahlung der Darlehnsschuld verweigern, bis ihm der Gläubiger die Urkunde zurückgibt. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hier die Einrede des Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen sein soll. Man wird also in jedem einzelnen Falle zu prüfen haben, ob das Weiterbestehen der Einrede mit dem Darlehnscharakter vereinbar ist.

[8]) Ob es sich bei der Einrede des nichterfüllten Vertrages um eine wirkliche Einrede handelt, kann hier dahingestellt bleiben. Vgl. Leonhard I S. 338, Jung S. 680.

[9]) RG. 62/54; SeuffArch. 64/401; Krückmann S. 233. AA.: Planck-Gunkel § 607,8 c; Jung S. 895, der annimmt, daß der Schuldner die Einrede erheben könne, aber dann die Nichterfüllung beweisen müsse.

[10]) So Kress S. 155 Anm. 26.

[11]) RG. 62/54; Oertmann § 607 2 b; Staudinger-Kober § 607 VIII c; Pernau S. 67.

Dagegen wird man umgekehrt von den Dauereinreden sagen können, daß sie alle bestehen bleiben. Doch wird dieses im einzelnen zu prüfen sein.

Die häufigste Einrede dieser Art ist die der Verjährung. Daß auch verjährte Forderungen umgewandelt werden können, haben wir bereits gesehen. Weiß der Schuldner, daß die Forderung verjährt ist, und schließt er trotzdem einen Umwandlungsvertrag ab, so gibt er damit zu erkennen, daß er bereit ist, die Schuld zu begleichen. In seinem Verhalten liegt daher ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung; denn sonst hätte er zu erkennen geben müssen, daß er die Erfüllung verweigern wolle. § 225 BGB. steht einem solchen Verzicht nicht entgegen, denn dieser bezieht sich nach Wortlaut und Zweck nur auf die noch nicht vollendete Verjährung. Er bezieht sich nur auf die Anwendung der Verjährungsvorschriften, nicht auf das sich hieraus ergebende Einrederecht des Schuldners.[12]) Da es in dem Belieben der Schuldner steht, ob er überhaupt die Einrede der Verjährung erheben will, ist in der bewußten und gewollten Nichtgeltendmachung notwendig ein Verzicht auf die Verjährung zu finden.[13])

Es ist nun weiter zu untersuchen, ob dem Schuldner die Einrede der Verjährung erhalten bleibt, wenn er nicht darauf verzichtet hat. Aus § 222 Abs. 2 BGB. kann ein Ausschluß der Geltendmachung der Verjährungseinrede nicht entnommen werden. Hiernach kann das in Unkenntnis der Verjährung zur Befriedigung des Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden. Die Umwandlung führt aber nicht zu einer Befriedigung des Gläubigers, stellt überhaupt keine Leistung dar, sondern läßt die alte Schuld in veränderter Form weiterbestehen.

Zweifelhafter ist es, ob § 222 Abs. 2 S. 2 BGB. auf die Umwandlung anwendbar ist. Die Frage ist, ob in dem Umwandlungsvertrag ein „vertragsmäßiges Anerkenntnis" im Sinne dieser Vorschrift liegt. Ist das der Fall, so geht die Einrede der Verjährung unter.

Das Anerkenntnis des § 222 Abs. 2 S. 2 BGB. ist verschieden von dem des § 208 BGB., das die Verjährung unterbricht. Letzteres braucht nicht einmal rechtsgeschäftlicher Natur zu sein, es genügt ein tatsächliches Anerkenntnis. § 222 erfordert demgegenüber ein vertragsmäßiges Anerkenntnis, verlangt also die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien. Bestritten ist, ob unter dem vertragsmäßigen Anerkenntnis das abstrakte Schuldanerkenntnis des § 781 BGB. zu verstehen ist, oder ob es genügt, wenn das Bestehen der Forderung von beiden Seiten bestätigt wird. Im ersteren Falle ist das Anerkenntnis an die Schriftform gebunden, letzteren Falls bedarf es keiner Form.

---

[12]) Oertmann § 222 4 b; Enneccerus-Nipperdey § 218 Anm. 5; Staudinger-Riezler § 196,3.

[13]) RG. 78/131.

Riezler[14]) ist der Ansicht, aus § 222 BGB. lasse sich nur das Erfordernis der Vertragsmäßigkeit, nicht aber das der Schriftlichkeit entnehmen. Demnach müsse für § 222 BGB. auch das nicht abstrakte, nicht auf Schaffung einer selbständigen Verbindlichkeit gerichtete, sondern das nur der Bestätigung der bestehenden Schuld dienende, an keine Form gebundene Anerkenntnis genügen. Nach seiner Meinung führt die gegenerische Ansicht zu der Folge, daß die nach § 607 Abs. 2 BGB. erfolgte Umwandlung einer verjährten Forderung nichtig ist, falls sie der Schriftform ermangelt. Diese Folgerung zieht tatsächlich das Reichsgericht.[15]) Es erwägt dabei, daß andernfalls die Formvorschrift der §§ 222, 781 BGB. stets durch formlose Umwandlung nach § 607 umgangen werden könnte.

Aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt sich jedoch, daß das Anerkenntnis des § 222 das des § 781 BGB. ist. Ein Schuldner, der eine Leistung bewirkt hat, soll diese nicht mehr unter Berufung auf die Verjährung zurückfordern, d. h. kondizieren können. Der Leistung selbst stellt das Gesetz in § 222 Abs. 2 ebenso wie in § 812 das durch Vertrag bewirkte Anerkenntnis gleich. Eine solche gleiche Behandlung ist nur gerechtfertigt, wenn das vertragsmäßige Anerkenntnis der Leistung wirtschaftlich ähnlich angesehen werden kann. Dieses ist aber nicht ein deklaratorisches Anerkenntnis. Das hat lediglich Beweiswert, aber keinen materiellen Leistungsinhalt. Deshalb kann im Sinne von § 222 ebenso wie von § 812 BGB. nur ein solches gemeint sein, das eine selbständige Verpflichtung begründet. Dieses ist das Anerkenntnis des § 781 BGB., das regelmäßig der Schriftform bedarf. Dessen Begriffsbestimmung verlangt keine anderen Merkmale als das vertragsmäßige Anerkenntnis des § 222. Eine Ausnahme von der Schriftform gilt bei dem abstrakten Anerkenntnis nur, wenn es vergleichsweise oder auf Grund einer unter beiderseitiger Mitwirkung getroffenen Abrechnung erteilt wird (§ 782 BGB.). In allen anderen Fällen also auch für § 222 ist Schriftform erforderlich.[16])

Also nur wenn man in der Schuldumwandlung die Begründung einer neuen selbständigen Schuld erblickt, könnte § 222 Anwendung finden und demnach die Einrede der Verjährung untergehen. Aber das ist — wie bereits erörtert — nicht der Fall. Deshalb bleibt dem Schuldner die Einrede der Verjährung erhalten. Mit anderen Worten: Aus der verjährten Kaufpreisforderung wird eine verjährte Darlehnsforderung. Deswegen ist es auch unrichtig, wenn das Reichsgericht meint, durch die formlose Umwandlung könnte die Formvorschrift des §§ 222, 781 umgangen werden. Es geht dabei anscheinend davon aus, daß die verjährte Forderung in eine vollgültige Darlehnsschuld verwandelt würde. Dann wäre das

---

[14]) Riezler b./Staudinger § 222, 6 b; der gleichen Ansicht Dernburg BürgR. § 182, Anm. 7.

[15]) RG. 78/169.

[16]) Planck-Knoke § 222,3; Oertmann § 222 4 c; Enneccerus-Nipperdey § 218 Anm. 9; Jung S. 696; RG. 78/165.

Bedenken allerdings gerechtfertigt. Das ist aber gerade nicht der Fall. Deshalb kann auch der Ansicht des Reichsgerichts, daß eine formlose Umwandlung der verjährten Forderung nichtig sei, nicht zugestimmt werden.

Zu den Dauereinreden werden auch die Wandlung und Minderung gerechnet. Man möchte zunächst meinen, durch die Schuldumwandlung sei die Wandlung und Minderung ebenso ausgeschlossen, wie die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Denn wie diese eine Eigenart des gegenseitigen Vertrages im allgemeinen ist, so ist jene eine Besonderheit des Kaufes. Man könnte daher auch hier so deduzieren: Durch die Umwandlung hat die Kaufpreisforderung ihre Eigenschaft als Entgelt für den Kaufgegenstand eingebüßt und unterliegt daher nicht mehr der Wandlung und Minderung. So erklärt das Oberlandesgericht Hamburg:[17]) „Mindern läßt sich nur die Kaufpreisforderung selbst"; gegen andere Forderungen könnten Ansprüche aus Wandlung und Minderung nur im Wege der Aufrechnung geltend gemacht werden.

Hierbei wird aber übersehen, daß das Schuldverhältnis als solches bestehen bleibt. Nur den Kaufpreis soll der Käufer als Darlehen schulden, also nicht mehr und nicht weniger als dem Gläubiger aus dem Kauf zusteht. Daher bestimmt sich das Bestehen und die Höhe des Darlehens — wie bereits verschiedentlich betont — nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Wandlung und Minderung sind die wichtigsten Rechte des Käufers, durch die er auf den Kaufpreis einwirken kann. Durch die Wandlung erlischt das Schuldverhältnis als wäre es nicht geschlossen. Es stellt sich hiermit nachträglich heraus, daß ein Kaufpreis nie geschuldet war. Demnach konnte auch keine Umwandlung erfolgen. Die Ausübung des Minderungsrechtes verringert den Kaufpreis und damit auch die Höhe des Darlehns. Die Kaufpreissume geht ipso iure mit der Ausübung des Wandlungsrechtes unter und verringert sich ebenso durch die Ausübung der Minderung.[18]) Damit erlischt bezw. verringert sich auch von selbst das Darlehen. Es ist daher nicht der Umweg über die Aufrechnung erforderlich. Oertmann[18]) ist der Meinung, daß der Darlehnsschuldner, der wandelt, Befreiung von der übernommenen Verbindlichkeit begehren könne. Er kommt zu dieser Ansicht, weil er annimmt, daß das Darlehen durch Erlaß der ursprünglichen Forderung entsteht.

Für die Möglichkeit einer Wandlung und Minderung trotz der Umwandlung spricht noch folgende Erwägung: Wenn die Wandlung und Minderung selbst durch die Zahlung des Kaufpreises nicht ausgeschlossen wird, so kann dies erst recht nicht durch eine Umwandlung geschehen.

---

[17]) In SeuffBlätt 75/617; der gleichen Ansicht: Staudinger-Kober § 607 VII h; Planck § 607 A 8g; Martin, S. 65.

[18]) Das Recht der Wandlung und Minderung ist daher keine eigentliche Einrede im technischen Sinne, sondern ein Gestaltungsrecht. Jung S. 873.

[19]) Oertmann § 607 2 b.

3. Die Wirkungen auf akzessorische Rechte.

Eine der wichtigsten bei den Wirkungen der Umwandlung zu erörternden Fragen ist die, ob die für die ursprüngliche Forderung bestellten Pfandrechte und Bürgschaften bestehen bleiben. Für den Gläubiger ist es sehr wesentlich, ob ihm die Sicherungsrechte erhalten bleiben, oder ob sie erlöschen.

Die herrschende Meinung nimmt an, daß durch die Umwandlung die ursprüngliche Forderung untergeht. Folgerichtig kommt sie so zu dem Ergebnis, daß auch die Nebenrechte untergehen.[20]) Die Nebenrechte sind bestellt für die ursprüngliche Forderung und von deren Bestand abhängig. Wird daher die Forderung getilgt, so erlöschen notwendig, ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten, die Nebenrechte. Es wird allgemein empfunden, daß dieses ein unbefriedigendes Ergebnis ist. Um dieser unangenehmen Konsequenz zu entgehen, wollen manche als dem vermutlichen Willen der Parteien entsprechend im Zweifel keine wirkliche Umwandlung, sondern nur eine Inhaltsänderung annehmen. Aber dieser Ausweg ist nicht gangbar. Denn wenn die Parteien wirklich mit ihrer Vereinbarung die Begründung eines Darlehens bezwecken, kann man nicht sagen, sie wollten nur die schwächere Wirkung einer Inhaltsänderung. Zudem hat die Inhaltsänderung für den Gläubiger wieder den Nachteil, daß die bisherige Verjährungsfrist weiterläuft.

Von unserem Standpunkte aus ist die Umdeutung der Umwandlung in eine Inhaltsänderung nicht erforderlich. Nach der hier vertretenen Ansicht geht die ursprüngliche Forderung nicht unter, sondern bleibt — wenn auch verändert — bestehen. Die alte Forderung bildet die Grundlage des Darlehens; sie geht mit in das Darlehen ein. Die Forderung hat nicht ihre Identität verloren. Für die Identität einer Forderung ist maßgebend, ob ein neuer Entstehungsgrund geschaffen wird. Der Entstehungsgrund der Schuld ist nach wie vor das zugrundeliegende Rechtsverhältnis. Dieses ergibt den Grund, weshalb der Schuldner etwas schuldet. Zwar ist durch die Abrede die ursprüngliche Forderung zu einer Darlehnsforderung geworden. Wenn man davon spricht, daß jetzt Schuldgrund das Darlehen ist, so bedeutet das nur, daß die Schuld jetzt rechtlich anders qualifiziert wird. Inhaltlich tritt keine wesentliche Aenderung ein, sodaß man nicht sagen kann, sachlich sei die Darlehnsschuld eine ganz andere als die bisherige. Man wird daher ohne Bedenken annehmen können, daß die Forderung ihre Identität nicht verloren hat. Bürgen und Pfänder bleiben daher bestehen.[21])

Man kann nicht dagegen einwenden, die Bürgschaft sei nur für eine Kaufpreisforderung eingegangen, der Bürge könne daher

[20]) Oertmann § 607 2 b; Staudinger-Kober VII c; Enneccerus-Lehmann § 139 III; v. Thur Bd. III, S. 122; Siber, Rechtszwang. S. 60/61; Pernau S. 63.

[21]) Aehnlich betont das RG. in RG. 95/10, daß für die Rechtslage des Bürgen die rechtliche Fundierung der Hauptschuld und die juristische Betrachtungsweise bedeutungslos ist.

jetzt nicht für eine Darlehnsforderung haften. Hier ist darauf hinzuweisen, daß der Bürge die Haftung nicht für eine rechtlich qualifizierte Forderung übernimmt,[22]) sondern für eine Schuld, die aus einem bestimmten Anlaß entstanden ist. Etwa für 200 Mark die A dem B aus einem Viehkauf schuldet. Der Bürge verpflichtet sich damit, dafür einzustehen, daß A die 200 Mark an B zahlt. Mit der Umwandlung hat aber B seine 200 Mark noch nicht erhalten, B seine Verpflichtung noch nicht erfüllt. Hat der Schuldner noch nicht erfüllt, so haftet der Bürge weiter, da er ja gerade für die Erfüllung einzustehen hat (§ 765 Abs. 1 BGB.).

Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, daß die Verpflichtung des Bürgen und Pfandschuldners durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner nicht erweitert werden kann (§§ 767 Abs. I S. 2, 1210 Abs. 1 S. 2). Soweit durch die Umwandlung die Haftung vergrößert wird, gilt sie nicht ihm gegenüber. Der Bürge usw. haftet daher nicht, soweit das Darlehen eine schärfere Haftung des Hauptschuldners begründet. Deshalb braucht der Bürge nicht für die Darlehnszinsen einzustehen und kann weiter die Einrede des nichterfüllten Vertrages erheben. Die Haftung des Bürgen hat keinen größeren Umfang als vor der Umwandlung. Dem Bürgen kann es demnach gleichgültig sein, ob die Forderung umgewandelt ist oder nicht.[23]) Man kann daher nicht behaupten, es liege im Interesse des Bürgen, die Nebenrechte erlöschen zu lassen.[24])

Daß die Schaffung eines neuen Klaggrundes nicht notwendig den Untergang der Sicherheiten zur Folge hat, ergibt sich auch aus § 356 HGB. Durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses entsteht eine neue selbständige Verpflichtung, die an die Stelle der in das Kontokorrent aufgenommenen Einzelforderungen tritt. Trotzdem kann der Gläubiger sich noch aus den für die Einzelforderung bestellten Sicherheiten befriedigen.[25]) Wenn hier, wo doch eine neue abstrakte Verbindlichkeit entsteht, nicht einmal die Nebenrechte erlöschen, so wird man das umso weniger bei der Umwandlung annehmen brauchen, wo doch nur die Forderung ein anderes rechtliches Kleid erhält.

4. Die Wirkungen im Prozeß.

Der Kläger hat die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs zu behaupten, und, falls der Beklagte die Tatsachen bestreitet, zu beweisen. Der Darlehnskläger genügt seiner Behauptungspflicht, wenn er vorträgt, dem Beklagten ein Darlehen in der und der Höhe gewährt zu haben. Behauptet nun der Beklagte, er habe die Darlehnssumme nicht ausgezahlt erhalten, und gibt der Kläger dieses zu, so steht damit noch nicht fest, daß ein

---

22) Leonhard II S. 187; Kress S. 155; Holbeck S. 60 ff.

23) Holbeck S. 64.

24) So Clausen S. 89; Pernau S. 64.

25) Vgl. auch Heck § 59,8 der betont daß man aus reinen Konstruktionsfragen nicht ohne weiteres weiterreichende Rechtsfolgen ziehen dürfe.

Darlehen nicht vorliegt. Denn hieraus ergibt sich nur, daß das Darlehen nicht durch Barauszahlung entstanden ist. Es verbleibt noch die Möglichkeit, daß ein Vereinbarungsdarlehen vorliegt. § 607 Abs. 2 ist auch gerade deshalb aufgenommen worden, um dem Beklagten den Einwand abzuschneiden, er habe die Valuta nicht erhalten und es liege daher begriffsmäßig ein Darlehen nicht vor.[26])

Bestreitet der Beklagte weiter, daß auch kein Vereinbarungsdarlehen vorliegt, so muß der Kläger nachweisen, daß der Tatbestand des § 607 Abs. 2 erfüllt ist. Hierzu gehört:

1) daß der Beklagte aus einem anderen Grunde die Summe schuldet und

2) daß eine Vereinbarung über die Umwandlung getroffen ist. Es genügt nicht etwa nur die Behauptung und der Nachweis, er habe mit dem Schuldner eine Vereinbarung der in § 607 Abs. 2 bezeichneten Art getroffen, sodaß es Sache des Schuldners wäre, nachzuweisen, daß eine zugrundeliegende Schuld nicht bestanden habe.[27]) Wie bei dem Realdarlehen der Kläger beweisen muß, daß der Beklagte die Valuta empfangen hat, so obliegt ihm bei dem Verrechnungsdarlehen der Nachweis, daß die umzuwandelnde Forderung bestand.[28]) Soweit die vorausgesetzte frühere Schuld nicht bestand, ist das Darlehen nicht zustandegekommen. Demnach ist das Bestehen der umzuwandelnden Schuld Voraussetzung für das Entstehen des Darlehens und daher vom Kläger zu behaupten und zu beweisen. Das Darlehen des § 607 Abs. 2 BGB. ist sonach zwar ein Klaggrund, aber kein selbständiger, wie etwa ein Schuldanerkenntnis. Bei diesem braucht der Gläubiger nicht das zugrundeliegende Schuldverhältnis aufzudecken, um seinen Anspruch zu begründen. Er braucht nur zu behaupten und zu beweisen, daß sich der Beklagte abstrakt verpflichtet hat. Damit hat er seine Klage genügend substantiiert. Es ist dann Sache des Beklagten vorzubringen, daß das Anerkenntnis ohne rechtlichen Grund abgegeben sei. Bei der Schuldumwandlung dagegen muß der Kläger zum Beweise der Darlehnsforderung den Bestand der umgewandelten Forderung nachweisen. Diesen Beweis kann der Kläger nur bezüglich einer bestimmten konkreten Forderung führen. Man kann daher nicht wie Oertmann[29]) der Ansicht sein, der Kläger habe den Bestand der umzuwandelnden Forderung zu beweisen und gleichzeitig die Meinung vertreten, der Beweis dafür, w e l c h e Forderung umgewandelt sei, obliege dem Beklagten.

Gesteht der Beklagte zu, die Vereinbarung über die Umwandlung getroffen zu haben, so wird man in der Tatsache der Vereinbarung im allgemeinen ein außergerichtliches Geständnis für das Bestehen der Schuld erblicken können.[30]) Jedoch ist dieses Wür-

---

[26]) Mot. Bd. II S. 312.
[27]) So Jung S. 895; RG. Recht 1907 Nr. 1811.
[28]) Oertmann § 607 4.
[29]) Oertmann § 607 2 b.
[30]) Enneccerus-Lehmann § 139 III c.

digung des Einzelfalles, insbesondere wenn die Vereinbarung nur mündlich getroffen ist. Hat dagegen der Schuldner bei der Abrede über die Umwandlung einen Schuldschein ausgestellt, so wird man damit den Beweis als geführt ansehen können. Der Beklagte mag dann nachweisen, daß eine Forderung nicht besteht, Praktisch wird daher der Beklagte in solchen Fällen den Beweis für das Nichtbestehen der Forderung führen müssen. Dieses aber nur deshalb, weil der Kläger durch Vorlage des Schuldscheins den ihm obliegenden Beweis erbracht hat.

Lebenslauf.

Ich, Paul Stroetmann, bin am 8. Mai 1902 in Borghorst (Westf.) als Sohn des Arztes Dr. med. Johannes Stroetmann und seiner Ehefrau Maria, geb. Huster, geboren. Nach dem Besuch der Volksschule und der Rektoratschule in meinem Heimatsort kam ich 1917 auf die Untersekunde des Gymnasium Paulinum in Münster (Westf.), das ich Ostern 1921 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Vom 1. Juli 1921 bis zum 30. September 1924 war ich bei der Dresdner Bank Filiale Münster tätig. Darauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft. Das W.S. 1924/5 studierte ich in Münster, das S.S. 1925 und W.S. 1925/6 in München und sodann wieder bis zum S.S. 1927 einschließlich in Münster. Am 13. April 1928 bestand ich vor der Prüfungskommission bei dem Oberlandesgericht in Hamm das Referendarexamen, und am 19. Dezember 1931 vor dem Juristischen Landesprüfungsamt in Berlin das Assessorexamen. Das S.S. 1932 war ich als Gasthörer bei der Universität Marburg eingeschrieben.